Erster – Dritter
Band

System

des

Pandekten-Rechts

von

Anton Friedrich Justus Thibaut,

Hofrath und ordentlichem Professor des Rechts in Heidelberg; Correspondenten der Kaiserlichen Gesetzcommission in Petersburg.

Zweyte, durchaus [illegible]ehrte und verbesserte Auflage.

Erster Band.

Jena,

gedruckt und verlegt

bey Johann Michael Mauke.

1805.

Vorrede.

Ich habe den, an sich sonderbaren Titel: System des Pandekten-Rechts, für diese Schrift gewählt, weil ich keinen kenne, welcher das, was ich liefern wollte, besser bezeichnet. Meine Absicht war, im Wesentlichen das Materielle des bisherigen Pandekten-Vortrages beyzubehalten, aber alles in einer neuen systematischen Verbindung darzustellen. Auf reines Römisches Recht konnte ich mich nach meinem Plan nicht beschränken, weil es kein Collegium gibt, worin die tausendfältigen kleineren Abänderungen des Römischen Rechts angeführt werden; aber eben so wenig hielt ich es für räthlich, mich über einheimische Rechts-Institute zu verbreiten, worüber sich eine selbstständige Theorie in den gebräuchlichen Collegien über Lehnrecht, Kirchenrecht und Deutsches Privat-Recht aufstellen läſst, oder mich auf das, was den practischen Collegien bleiben muſs, mit einiger Bestimmtheit einzulassen. Meine Theorie des Processes enthält daher nur Andeutungen auf die eingeführten Formeln und Solennitäten, aber nirgend eine detaillirte Angabe dessen, was dahin gehört. Daſs ich dieſs alles that; daſs ich Deutsch, und nicht Lateinisch schrieb, auch überall, von der Wichtigkeit, und den unendlichen Schwierigkeiten des Pandekten-Vortrags überzeugt, nach der möglichsten Klarheit und Vollständigkeit strebte: darüber rechtfertige ich mich

nicht, weil ich den Gegnern dieser Ansichten keine neuen entscheidenden Gründe anzugeben weiſs.

Ueber die systematische Anordnung sagte ich gern viel, aber es ist mir unmöglich, weil hier eine vollständige Erörterung zu viel enthalten würde. Nur um Zweyerley bitte ich meine Beurtheiler: erstlich, mich nicht darüber anzugreifen, wenn etwa hin und wieder das logische Decorum nicht geachtet seyn sollte; und zweytens, sich die Mühe zu geben, durch eine genaue Vergleichung aller Theile die Frage zu beantworten: ob es möglich sey, daſs Jemand in einer mehr natürlichen, von Willkühr entfernten Verbindung ein weniger unvollkommenes System aufstelle? Die von mir gewählte Ordnung ist kein Werk des Zufalls. Ehe ich eine Feder ansetzte, habe ich mich lange damit beschäftigt, jedem kleinsten Theil seinen Platz anzuweisen, und ich hoffe, man wird überall finden, daſs ich, unter dem Vorbehalt mündlicher Erläuterung, wenig mehr, als einige rohe Vorbegriffe aus den Institutionen, und etwas gesunden Verstand vorauszusetzen brauche. Daſs ich kein vollendetes System geliefert habe, gestehe ich gern, weil ich dieſs für absolut unmöglich halte. Wenn selbst der gründlichste Philosoph immer eine Masse von Erfahrungsbegriffen voraussetzen muſs: wie sollte der Jurist aus dem, ihm gegebenen Haufen verwirrter, willkührlicher Bestimmungen ein ideales System bilden können? Der Lehrer der Pandekten ist dabey noch durch die unnachläſsliche Pflicht, zusammengehörende Lehren nicht zu zerreiſsen, so auf allen Seiten beschränkt, daſs sich eher ein Widerspruch, als ein, in jedem kleinsten

Theil durchgängig logisch richtig geordnetes Pandekten-System denken läſst. Darum tadle man mich denn auch nicht, wenn ich z. B. auf den ersten hundert Seiten zehnmal von Männern, Weibern, und Handlungen sprach, ohne vorher eine Definition des Mannes, des Weibes, und einer Handlung aufzustellen. Es gibt eine gewisse (besonders leichte) Gründlichkeit, welche, genau betrachtet, nichts, als das Unvermögen, die reellen Bedürfnisse des Anfängers zu fühlen, verräth, und zu der seelenlosesten Gedächtniſskrämerey reizt. Von diesem Fehler mich frey zu erhalten, und durch einen vernünftigen Gedankengang unmerklich auf die nöthigen Definitionen und Eintheilungen zu führen: darauf habe ich, so viel es mir möglich war, alle meine Kräfte zu verwenden gesucht.

Die groſsen Schwierigkeiten, welche bey einer Arbeit dieser Art überall jeden Schritt erschweren; die Umstände, unter denen ich schrieb, und meine gänzliche Unfähigkeit, bey der Correctur des Drucks mich an Geduld und Genauigkeit zu gewöhnen: alles dieſs läſst mich erwarten, daſs meine Schrift nicht frey von Fehlern seyn wird. Eine Anzeige derselben wird mir in jedem Betracht willkommen seyn; nur wünsche ich, daſs man nicht über Meynungen mit mir streiten möge. Es kommt bey allen Controversen auf die Gründe an; diese lassen sich aber in einem Lehrbuch des positiven Rechts selten vollständig angeben; und schwerlich wird man doch von mir vermuthen, daſs ich immer alte Meynungen aus den, bisher dafür angegebenen Gründen vertheidige.

Jena, d. 10. Apr. 1803.

A. T.

Vorrede

zu der zweyten Ausgabe.

Ich übergebe hier dem Publico eine zweyte, in allen kleinsten Theilen verbesserte und ergänzte Ausgabe meines Pandekten - Systems, worin auch besonders für Entfernung der mannigfaltigen Druckfehler, welche die erste Ausgabe entstellen, gesorgt ist. Auf die einzelnen Verbesserungen und Nachträge aufmerksam zu machen, halte ich für überflüssig, da sie überall von selbst in die Augen fallen.

Erinnerungen Andrer habe ich gern benutzt, wiewohl nicht unbedingt. Namentlich gehört dahin die Bemerkung, daſs ein solches System nichts Antiquarisches enthalten dürfe. Nach meiner Ueberzeugung habe ich noch bey weiten nicht genug aus der Rechtsgeschichte aufgenommen, welches mir aber unvermeidlich war, weil bisher, unter der Last practischer Arbeiten, die Vollendung eines, nach einem neuen Plan verfaſsten Lehrbuchs der Institutionen, verbunden mit Rechtsgeschichte und Alterthümern, woran ich schon mehrere Jahre arbeite, für mich unmöglich blieb. Die glückli-

che Lage, welche mir jetzt zu Theil geworden ist, wird mich mein Ziel schneller erreichen lassen; und dann hoffe ich es zu zeigen, daſs es kein unbeabsichtigtes Versehen von meiner Seite war, wenn ich von jener Erinnerung keinen Gebrauch machte.

Der dritte Band, welcher in einer abgesonderten Darstellung den gemeinen Proceſs enthält, wird unfehlbar noch am Ende dieses Jahres erscheinen.

In der Michaelismesse
1805.

A. T.

Allgemeine Uebersicht.

Allgemeiner Theil.	1. Band.
Besonderer Theil.	
I) Regierungsrecht. Davon nur	
1) Cameral- und Finanzrecht.	
2) Polizey - Recht.	
A) Väterliche Gewalt.	
B) Vormundschaft.	
II) Privat - Recht.	2. Band.
1) Dingliche Rechte.	
2) Persönliche Rechte.	
III) Proceſs, als Gemisch aus Privat- und Regierungsrecht.	3. Band.

Inhaltsanzeige

des ersten Bandes.

Allgemeiner Theil.

Ueber die Gesetze und deren Wirkungen überhaupt.

Erster Theil.

Ueber Gesetze und Rechtswissenschaft an sich.

Erster Abschnitt.

Ueber die Natur der Gesetze überhaupt. §. 1 — 7. Hier: über Gesetze und deren Arten, Rechte, Verbindlichkeiten, sowohl rechtliche, als moralische, und Gerechtigkeit.

Zweyter Abschnitt.

Ueber die Gesetze in Rücksicht ihres Ursprungs. §. 8 — 23.

I) Natürliches Recht und dessen Gültigkeit im Staat. §. 8. 9.

II) Positives Recht.

Dessen Arten.

A) Geschriebenes. Dessen Natur. §. 10. Arten:

a) Göttliches. §. 11.

b) Menschliches; und zwar

α) recipirtes. §. 12. 13.

β) einheimisches. §. 14.

B) Ungeschriebenes, §. 15. Arten:

a) Gerichtsgebrauch. §. 16.

b) Gewohnheitsrecht. §. 17 — 20.

c) andre Arten. §. 21. insbesondre

d) Statute der Gemeinheiten. §. 22. 23.

Dritter Abschnitt.

Verbindungskraft der Gesetze, besonders im Fall eines Irrthums über Recht oder Thatumstände. §. 24 — 28.

Vierter Abschnitt.
Ueber die Gesetze in Rücksicht ihres Umfangs. §. 29 — 32.
Fünfter Abschnitt.
Ueber die Gesetze in Ansehung der Art der Bekanntmachung. §. 33. 34.
Sechster Abschnitt.
Ueber das Verhältniſs der Gesetze zu einander, besonders im Fall einer Collision. §. 35. 36.
Siebenter Abschnitt.
Ueber Dauer und Aufhebung der Gesetze. §. 37—40.
Zweyter Theil.
Ueber den Zweck der Gesetze. Zur Erreichung desselben gehört:
I) Auslegung der Gesetze. §. 41 — 52.
II) Auslegung rechtlicher Geschäfte. §. 53. 54.
Dritter Theil.
Ueber das Product der Gesetze.
Erster Abschnitt.
Ueber Rechte und Verbindlichkeiten an sich betrachtet.
Erste Abtheilung.
Ueber Rechte. Aus deren Natur folgt:
1) Freyheit zu handeln. §. 55. 56.
2) Möglichkeit des Zwanges. §. 57.
A) Durch Klagen. Deren wichtigste Arten. §. 58 — 70.
B) Durch Einreden. §. 71. 72.
C) Repliken, Dupliken. §. 73.
3) Recht der Nichtausübung und Entsagung. Hier besonders von Cessionen. §. 74 — 81.
Zweyte Abtheilung.
Ueber Verbindlichkeiten.
I) Natur der Verbindlichkeit überhaupt.
1) Ausschlieſsen des Entsagens und der Willkühr, mit Ausnahme der alternativen Verbindlichkeiten. §. 82 — 85.

2) Erfodert Möglichkeit der Handlung. §. 86.
3) Pflicht der Zahlung. Dazu gehört:
A) daſs sie dem Schuldner geschehe. §. 87. 88. 89.
B) Zahlungsfähigkeit. §. 90.
C) Absicht zu zahlen. §. 91.
D) Leistung des bestimmten Objects. §. 92. 93.
E) Nicht theilweise. §. 94.
F) Am gehörigen Ort. Condictio de eo quod certo loco. §. 95. 96.
G) Leistung der gehörigen Qualität, besonders bey Münzen. §. 97 — 101.
H) Leistung zur gehörigen Zeit. Ueber Verzug. §. 102 — 105.
I) Vollständige Leistung. Beneficium competentiae. §. 106 — 108.
K) Ueber Zahlung im Fall mehrerer Schulden, Beweis der Zahlung, und Deposition der Schuld. §. 109 — 111.
II) Bestärkungsmittel der Verbindlichkeit
1) durch den Eid. §. 112 — 114.
2) durch Conventional-Strafen. §. 115.

Dritte Abtheilung.

Verhältniſs der Rechte und Verbindlichkeiten zu einander. Confusion, Concurrenz, Collision derselben. §. 116 — 118.

Vierte Abtheilung.

Nebenbestimmungen der Rechte und Verbindlichkeiten.
I) Bedingungen. §. 119 — 126.
II) Zeitbestimmung. Hiebey von der Zeitrechnung. §. 127 — 129.
III) modus. §. 130.

Zweyter Abschnitt.

Ueber den Grund der Rechte und Verbindlichkeiten.

Erste Abtheilung.
Ueber Entstehung derselben.
Erstes Capitel.
Einleitung. Besonders über Willenshandlungen überhaupt.
Hier: über mittelbare, und unmittelbare Verbindlichkeiten; rechtliche Geschäfte, feierliche und unfeierliche; wahren, ausdrücklichen oder stillschweigenden, vermutheten und fingirten Willen. §. 131 — 140.
Zweytes Capitel.
Ueber Verträge insbesondere; und zwar die Fragen:
I) Wer kann sie schliefsen? §. 141. 142.
II) Was gehört zur Einwilligung?
1) Vollendete Uebereinkunft. Ueber die Arrha. §. 143. 144.
2) Kein Irrthum. §. 145 — 147.
3) Kein Betrug. §. 148. 149.
4) Kein Zwang. §. 150 — 152.
5) Keine Simulation. §. 153.
III) Ueber welche Sachen? §. 154—159.
IV) Welches sind die Wirkungen der Verträge?
1) Nur Verhältnisse unter den Contrahenten. §. 160.
2) Befreyung, oder Verpflichtung, jedoch verschieden in den Wirkungen bey den Römern, je nachdem der Vertrag ein pactum oder contractus ist. §. 161 — 168.
3) Einseitige oder zweyseitige Verpflichtung. §. 169. 170.
4) Verpflichtung zur Annahme. §. 171. und

5) zur Uebernahme des Zufalls, aber dagegen auch zur Abtretung der Vortheile. §. 172 — 177.

6) zur Evictions-Leistung. §. 178—189.

7) zur Gewähr der Mängel und Eigenschaften. §. 190 — 196.

8) Pflicht, nicht über die Hälfte zu verletzen. §. 197 — 200.

9) Dauer und Uebergang auf die Erben. §. 201.

Zweyte Abtheilung.

Ueber das Aufhören, Erhalten, und Wiederherstellen derselben. §. 202 — 206.

Dritter Abschnitt.

Ueber das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten. Hier die Fragen:

I) Ueber Rechtsfähigkeit, und zwar

1) die natürliche. §. 207 — 212.

2) die bürgerliche. §. 213.

II) Inwiefern kann Eine Person Subject mehrerer Rechte? §. 214. oder

III) inwiefern können Mehrere Subject Eines Rechts, oder Einer Verbindlichkeit seyn? Hier:

1) über communio. §. 215 — 217.

2) Gemeinderechte. §. 218 — 223.

3) Correal-Verhältnisse. §. 224 — 227.

IV) Ueber juristisch wichtige Verschiedenheiten der Personen.

1) In Betreff des Geschlechts. §. 228 — 230.

2) Des Alters. §. 231.

3) Der Gesundheit. §. 232.

4) Der Verwandtschaft. §. 233 — 239.

5) Des Charakters. Hier: über Infamie und levis notae macula. §. 240 — 246.

Vierter Abschnitt.

Ueber das Object der Rechte und Verbindlichkeiten, nämlich Handlungen.

Erste Abtheilung.

Wichtigste Arten der Handlungen. Hier: Eintheilung in mögliche, unmögliche, erlaubte, unerlaubte, zufällige, culpose, dolose Handlungen. §. 247 — 255.

Zweyte Abtheilung.

Ueber das Object der Handlungen, nämlich Sachen.

I) Ueberhaupt solche, welche im Verkehr sind. §. 256. 257.

II) Arten.

1) Körperliche, unkörperliche. §. 258.
2) Bewegliche, unbewegliche. §. 259. 260.
3) Fungibiles, non fungibiles. §. 261.
4) Einfache, zusammengesetzte. §. 262.
5) Theilbare, untheilbare. §. 263.
6) Selbstständige, und Nebensachen. Zu den letzten gehören:

A) Pertinenzen. §. 264. 265.
B) Verwendungen. §. 266.
C) Früchte. §. 267 — 270.
D) Schadensersatz und Interesse. Regeln über beide. §. 271 — 276.
E) Zinsen. §. 277 — 288.
F) Interusurium. §. 289.

Fünfter Abschnitt.

Ueber den Besitz der Rechte. §. 290 — 325.

Besonderer Theil.

Ueber die einzelnen Arten der Gesetze.

A) Regierungsrecht.

Einleitung. §. 326 — 330.

Erster Theil.

Cameral - und Finanzrecht, in einer allgemeinen Uebersicht des gemeinen Rechts. §. 331 — 340.

Zweyter Theil.

Polizey-Recht. Einleitung. §. 341. 342.

Erster Abschnitt.

Ueber die väterliche Gewalt. Einleitung. §. 343.

Erste Abtheilung.

Natur der väterlichen Gewalt und Folgen derselben. Einleitung, Eintheilung der Rechte und Arten der Kinder. §. 344 — 346.

I) Verhältniſs des Vaters zu den Kindern. Hier besonders über die Peculien. §. 347 — 367.

II) Verhältniſs beider zu einem Dritten. Hier besonders über die act. de peculio, tributoria, quod iussu, de in rem verso, und das SCt. Macedon. §. 368 — 378.

Zweyte Abtheilung.

Ueber die Erwerbung der väterlichen Gewalt.

Erstes Capitel.

Ueber die Ehe. Begriff. §. 380. 381.

Erste Unterabtheilung.

Ueber die Eingehung der Ehe. §. 382 — 421.

Zweyte Unterabtheilung.

Ueber die Aufhebung und Wiederherstellung der Ehe. §. 422—428.

Dritte Unterabtheilung.

Ueber die rechtlichen Wirkungen der Ehe.

I) Gesetzliche Folgen der Ehe.

1) In Betreff der Ehegatten unter sich.

A) Während der unbestritten bestehenden Ehe.

a) Gemeinschaftliche Wirkungen. §. 430—437.

b) Besondere Rechte des Mannes. §. 438—452.

c) Besondere Rechte der Frau. §. 453—454.

B) Während des Scheidungs-Processes. §. 455.

C) Nach Aufhebung der Ehe,

a) wenn die Ehe für nichtig erklärt wird. §. 456.

b) wenn sie in der Folge aufgehoben wird,

A) durch Tod. §. 457—466.

B) durch Ordens-Gelübde. §. 467.

C) durch Scheidung. §. 468—471.

2) In Betreff der Kinder. §. 472—474.

3) In Betreff dritter Personen. §. 475.

II) Wirkungen unter Voraussetzung besondrer Verabredungen. §. 476—481.

Zweytes Capitel.

Ueber die Legitimation. §. 482—487.

Drittes Capitel.

Ueber die Adoption. §. 488—493.

Dritte Abtheilung.

Ueber die Beendigung der väterlichen Gewalt. §. 494—496.

Vierte Abtheilung.

Ueber Wiederherstellung der väterlichen Gewalt. §. 497.

Zweyter Abschnitt.

Ueber Vormundschaften.

Einleitung.

Begriff. Eintheilungen. Wann ist ein Vormund zu setzen, und wem? §. 498—501.

Erste Abtheilung.

Ueber die Entstehung der Vormundschaft. §. 502—510.

Zweyte Abtheilung.

Ueber die aus der Delation, Uebernehmung, und Führung der Vormundschaft entspringenden Rechtsverhältnisse.

I) Pflichten und Rechte bey Delation der Vormundschaft. §. 511—514.

II) Pflichten bey Uebernahme derselben. §. 515.

III) Rechtsverhältnisse nach Uebernahme der Vormundschaft.

1) Pflichten des administrirenden Vormundes eines Minderjährigen gegen den Mündel.

A) Ohne Concurrenz der Obrigkeit. §. 516—519.

B) Mit deren Concurrenz.

a) Erziehung des Mündels. §. 520.

b) Veräufserung der Güter desselben. §. 521—526.
2) Pflichten des Mündels. §. 527.
3) Verhältnisse zu einem Dritten.
A) Des Vormundes. §. 528.
B) Des Mündels:
a) aus Handlungen des Vormundes. §. 529.
b) aus andern Gründen. §. 530. 531.
4) Folgen der übrigen Arten der Curatel. §. 532.
5) Pflichten des Honorarii. §. 533.
6) Pflichten des Protutors. §. 534.
7) Ueber die Klagen
A) des Mündels
a) gegen den Vormund. §. 535—541.
b) gegen andre Personen. §. 542.
B) des Vormundes. §. 543.

Dritte Abtheilung.
Ueber die Beendigung der Vormundschaft. §. 544—548.

Allgemeiner Theil.

Erster Theil.

Ueber Gesetze und Rechtswissenschaft an sich [a].

Erster Abschnitt.

Ueber die Natur der Gesetze überhaupt.

§. 1.

1) Gesetz u. Rechtswissenschaft im Allgemeinen.

Alles, was eine gewisse Nothwendigkeit mit sich führt, heifst Gesetz (Lex). Liegt die Nothwendigkeit in der Natur körperlicher Kräfte, so heifst dafs Gesetz ein physisches, und insofern es Neigungen eines lebenden Wesens erregt Gesetz des Instincts, oder, wie es die Römer oft nennen: ius naturale [b]. Ist hingegen dem Willen des Menschen eine Handlung als nothwendig dargestellt, so heifst es Vernunftgesetz. Die Vernunftgesetze unterwerfen den Willen entweder einer Nothwendigkeit unter Voraussetzung eines selbstbeliebig gewählten Zwecks, oder sie verlangen unbedingt Befolgung ihrer selbst wegen. In jenem Fall heifsen sie Klugheits-Regeln, in diesem moralische Gesetze. Ein systematischer

[a] S. überh. Bolognetus de lege. iure et aequit. Rom. 1570. T. Pappillonii Comm. in IV. prior. Tit. L. 1. Dig. (Meermann Thes. T. 2.) D. B. Columbi D. de iustitia et iure. Lips. 1739. Dissertatt. hebdomales de iustitia et iure. Goetting. 1750. G. C. Gebauer de instit. et iure. Goett. 1738. C. G. Haubold praecognita iuris Rom. privat. noviss. Lips. 1796. Auf die letzte Schrift verweise ich auch in Rücksicht der vorläufigen Literatur-Notizen, welche man den Pandekten voranzuschicken pflegt.

[b] pr. I. de iur. nat. gent. et civ. (1. 2.) L. 1. §. 3. de iust. et iure (1. 1.) Galvanus de usufr. cap. 5. Huber Digress. P. 1. L. 1. c. 11. Merill obs. L. 1. c. 1. 2. G. Korte de iure quod natura omnia animalia docuit. Lips. 1727.

Inbegriff von Gesetzen der letzten Art heifst Rechtswissenschaft in allgemeiner Bedeutung [c].

§. 2.

2) Rechte, Zwangs- und Gewissensverbindlichkeiten, Rechtswissenschaft im engern Sinn.

Ohne ein moralisches Gesetz ist der Wille des Menschen ungebunden, durch dasselbe hingegen wird dem Subject eine Nothwendigkeit zu handeln auferlegt, welche insofern Verbindlichkeit (obligatio) heifst. Wird die Willkühr des Verpflichteten so sehr beschränkt, dafs sie dem, auf Erfüllung der Verbindlichkeit dringenden physischen Zwange eines andern Subjects nicht widerstehen darf, so heifst sie eine Zwangsverbindlichkeit (obligatio perfecta); jede andre hingegen eine moralische Verbindlichkeit, eine Liebes- oder Gewissenspflicht (obligatio imperfecta). Aus einer Zwangsverbindlichkeit entspringt für das Subject, zu dessen Vortheil die Willkühr des andern Subjects beschränkt ist, die moralische Möglichkeit, die Beschränkung der Freyheit der andern Person so weit zu verlangen, als die Verbindlichkeit reicht. Diese moralische Möglichkeit heifst als solche ein Recht (ius), oder eine Befugnifs, und insofern sie thätlich geschützt werden kann, ein Zwangsrecht. Ein System von Gesetzen, welche Zwangsrechte begründen, wird Rechtswissenschaft in engerer Bedeutung genannt.

§. 3.

Fortsetzung.

Wer nicht verpflichtet ist, lebt im Zustande der Willkühr. Ein Recht kann man ihm nur insofern zuschreiben, als er sich etwas ausschliefslich anmafsen, und andre an gewissen Handlungen hindern darf. Jedes Recht setzt also

[c] Die gewöhnlichen Erörterungen über die mannigfaltigen Bedeutungen von ius und lex gehören nicht hieher, sondern in die Sprachlehre. Vergl. Meine Vers. 1. B. n. 5. Ernesti Clav. Cic. index Leg. princ. I. A. Reichardt progr. nonnulla de propria vocab. legis significatione. Jen. 1796. Ueber die fehlerhafte Definition der Rechtswissenschaft in L. 10. §. 2. de iust. et iure. (1. 1.) vergl. Brissonii antiqu. L. 4. c. 16. Heineccii praefat. vor dessen fascic. scriptor. iur. natur. A. F. Schott Diss. ad Tit. P. de iust. et iur. Lips. 1775. §. 2. Bynkershoek D. de relig. peregrin. D. I. pr. Meine Vers. 2. B. S. 6. 7. 8.

eine ihm entgegenstehende Verbindlichkeit voraus; aber nicht jede Verbindlichkeit erzeugt ein Recht, sondern nur aus Zwangsverbindlichkeiten entstehen Rechte. Nur insofern kann der Satz: ius et obligatio sunt correlata, als Regel angenommen werden.

§. 4.

3) Liebespflichten insbesondere.

Der Staat wird errichtet, um die Bürger durch äuſsern Zwang zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten zu vermögen. Es sollte daher auf Erfüllung einer Liebespflicht im Staat kein Zwang gestattet werden. Allein die Römer dachten nicht so, und erlaubten wenigstens bey den, nach ihrer Ansicht erkennbaren Gewissenspflichten, zwar keine Klage, aber doch die Zurückhaltung dessen, was dem Verpflichteten zu geben moralisch oblag [d], weil sie es als allgemeines Princip annahmen, daſs keine auf einer moralischen Schändlichkeit beruhende Klage gestattet werden dürfe [e]. Unsre Unbekanntschaft mit der, ohnehin im Einzelnen gewiſs nicht überall unbestritten gewesenen Moral-Philosophie der Römer erlaubt uns indeſs nicht, die richtigen Grundsätze hier weiter zu verlassen, als die gewissen Entscheidungen des Römischen Rechts dieſs nothwendig machen. Die Regel bleibt: Liebespflichten erzeugen im Staat kein durch Klagen oder Einreden geltend zu machendes Recht [f].

§. 5.

4) Gerechtigkeit.

Die, vorhandenen Gesetzen nicht widerstreitende Handlungsweise heiſst Gerechtigkeit. Besteht dieselbe in Erfüllung moralischer Verbindlichkeiten, so heiſst sie die innere (interna, attributrix); ist hingegen die Handlungsweise Zwangsgesetzen gemäſs, so nennt man sie äuſsere Gerechtigkeit (externa, expletrix) [g]. Für die

[d] L. 26. pr. de cond. indeb. (12. 6.) L. 32. §. 2. eod. L. 25. §. 11. de her. pet. (5. 3.) L. 8. in quib. causs. pign. tacit. (20. 2.)

[e] §. 7. I. de mandat. (3. 27.) L. 5. C. de condict. ob turp. causs. (4. 7.) I. S. Stryk de allegatione propriae turpitudinis. Hal. 1700.

[f] Unter diesen Beschränkungen, und aus diesem Gesichtspunkt kann man Weber nat. Verb. §. 89. 99. folgen. Meine Vers. 2. B. S. 152—169.

[g] Nach der Terminologie des Grotius de I. B. a. P. L. 1. c. 1. n. 8. Die Definition der Römer in L. 10. pr. de inst. et iur. (1. 1.) bezieht sich nur

Geschichte der Wissenschaft ist hier noch die scholastische Eintheilung in **iustitia commutativa** (durchgreifende, absolute) und **distributiva** (verhältnifsmäfsige, nach Umständen modificirte Gerechtigkeit) zu bemerken, welche keineswegs, wie manche irrig glauben, mit andern Worten eben das, was die innere und äufsere ist, bezeichnen soll [*h*].

§. 6.

5) Erlaubende, gebietende, verbietende Gesetze.

Das Gebieten macht den Charakter eines Gesetzes, und ohne eine, ein Gebot voraussetzende, Verbindlichkeit ist kein Recht denkbar (§. 3.). Das Erlaubtseyn ist nur eine indirecte Folge des Gebots. Die Eintheilung der Gesetze in **erlaubende** und **gebietende** (ius permissivum und cogens) ist also falsch [*i*], wenn man nicht unter jenen die, wobey es zunächst um Existenz des Rechts, unter den letzten aber die, wobey es zunächst um Existenz der Verbindlichkeit zu thun ist, verstehen will [*k*]; richtig ist aber die Eintheilung in **gebietende** und **verbietende** (praeceptivum und prohibitivum), je nachdem das Gesetz positive oder negative Handlungen nothwendig macht. Wird in einem Gesetz dem Berechtigten in Rücksicht der Form der erlaubten Handlung eine Regel gesetzt: so nennt man es ius **secundum quid permissivum**; im entgegengesetzten Fall **absolute permissivum** [*l*].

auf die erste, dem Juristen nicht völlig uninteressante Art. **Huber** Digress. I. 7. **Noodt** prob. III. 1. 2. F. C. **Conradi** de iustitia interna a fine iurisprud. non separanda. Helmstad. 1744. I. S. **Wiesand** Diss. vindiciae L. 10. pr. de iust. et iur. Lips. 1764.

[*h*] **Voet** Tit. de iust. et iur. §. 6. **Polack** mathes. for. 2. Cap. 1. Abh. **Leyser** Sp. 1. m. 3. **Averan** interpr. III. 6. **Huber** l. c. c. 8. S. **Reiher** de iustit. commut. et distrib. proport. Kil. 1701. I. G. **Waldin** progr. inquiritur in distinct. iust. commut. et distribut. Marb. 1783.

[*i*] **Coccei** ius controv. Tit. de iust. et iur. qu. 9. **Kant** zum ewig. Fried. S. 15—17.

[*k*] Dieser Sinn scheint dunkel den älteren Juristen vorzuschweben. **Pufendorf** I. N. et G. L. 1. c. 6. §. 15. **Titius** ad **Pufendorf** de O. H. et C. Obs. 51. Willkührliche Ideen, um die alten Worte zu retten, haben H. G. **Schellhaffer** de indole leg. permittentis. Lips. 1729. F. L. **Doehring** de quadruplici leg. virtute. Erf. 1766.

[*l*] **Glücks** Comm. §. 15.

§. 7.

Natur eines positiven Rechtssystems.

Ein Rechtssystem muſs den Inhalt der Gesetze in einer systematischen Einheit darstellen. Wären die Verfasser des positiven Rechts von einem einfachen Rechtsprincip ausgegangen, und bey dessen Durchführung consequent geblieben, so müſste die Einheit materiell seyn, und jeder einzelne Satz aus der höchsten Rechtsregel abgeleitet werden. Allein bey dem Zustande aller bisherigen Gesetzbücher würde die Darstellung in einer materiellen Einheit zu einer völligen Verbildung und Umschaffung des positiven Rechts führen. Der Systematiker muſs sich also auf eine formale Einheit beschränken, und das Mannigfaltige des positiven Rechts durch Zurückführung auf Arten und Gattungen möglichst zu vereinfachen suchen. Bey diesem Verfahren muſs die Abstraction auf den Begriff des Gesetzes, als den höchsten Gattungsbegriff, führen, und dieser ist dann in alle seine einzelnen Theile aufzulösen. Die Erörterungen über die Gesetze überhaupt, und was damit nothwendig zusammenhängt, sind dann der Gegenstand des allgemeinen, die Vorschriften der Gesetze über besondere Rechtsverhältnisse der Gegenstand des besondern Theils.

Zweyter Abschnitt.

Ueber die Gesetze in Rücksicht ihres Ursprungs.

§. 8.

1) Natürl. Recht.

In Rücksicht des Ursprungs betrachtet sind die Gesetze entweder natürliche (ius naturae, oder nach der Terminologie der Römer: ius gentium [m], oder auch wohl ius naturale [n]) wenn sie bloſs durch die Vernunft, oder positive (ius positivum, civile), wenn sie durch ein Factum

[m] §. 2. I. de iur. nat. gent. et civ. (1. 2.) L. 1. §. 4. L. 2. 5. 4. 5. 9. D. eod. (1. 1.).

[n] In einem andern, als dem, oben, §. 1. angegebenen Sinn L. 11. de iust. et iure (1. 1.) L. 2. de divis. rer. (1. 8.).

der Willkühr ihre Sanction und letzte verbindliche Kraft erhalten haben. Die letzten können seyn reines, oder vermischtes positives Recht (ius positivum merum und mixtum), je nachdem sie ihren Inhalt nicht aus Vorschriften des Natur-Rechts hernehmen, oder dasselbe bestätigen. Hieraus entstehen denn auch drey Arten der Rechte und Verbindlichkeiten: natürliche (naturales), bürgerliche (civiles), und vermischte (mixtae). Die ersten werden unter dem Ausdruck obligatio im strengsten Sinn nicht mit begriffen [o].

§. 9.

und dessen Beschränkung im Staat.

Der positive Gesetzgeber kann das natürliche Recht bestätigen, oder aufheben, und zwar, so sehr auch in der Theorie die Grenzen dieser Befugnifs bestritten sind, im Verhältnifs zu den Unterthanen unbedingt [p]. Enthält das positive Recht keine Aenderung des natürlichen, so hat ein natürliches Recht im Staat die volle Wirkung eines bürgerlichen. Geschieht das Gegentheil, so wird entweder die natürliche Verbindlichkeit ganz aufgehoben, oder blofs in Rücksicht ihrer Wirkungen beschränkt. Es gibt also drey Arten der natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten, nämlich vollgültige (efficaces), eingeschränkte (restrictae) und vernichtete (reprobatae) [q].

§. 10.

II) Positives Recht, und zwar 1) dessen Arten.

Positives Recht kann im Staat nicht ohne den Willen des Regenten gelten, aber der Regent braucht es den Unterthanen nicht grade namentlich vorzuschreiben, sondern er kann auch erlauben, dafs aus gewissen Factis rechtliche Normen entspringen. Gesetze der er-

[o] pr. I. de oblig. (3. 14.) L. 16. §. 4. de fideiussor. (46.1.) S. überh. I. O. Westenberg de caussis obligat. (op. T. 1. n. 3.) A. D. Weber Entw. d. Lehre v. d. nat. Verbindlichkeit.

[p] Weber nat. Verb. §.57. 58. Hagemeister in den Zusätzen zu der Schrift: auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Gesetze gebunden. S. 43. fg. Kant über das Verhältnifs der Theorie zur Praxis im Staatsrecht.

[q] L. 1. L. 11. de praescr. verb. (19. 5.) L. 2. §. 5. de aqua et aquae pluv. (39. 3.) cap. 6. X. de iudiciis (II. 1.) Weber a. a. O. §.43 — 47. 51. 55. 88. 99.

sten Art (promulgirte) werden jetzt geschriebenes, Gesetze der letzten Art ungeschriebenes genannt [r].

§. 11.

A) Geschriebenes. a) Göttliches.

Das positive geschriebene Recht ist für die, welche an eine göttliche Offenbarung glauben, entweder göttliches oder menschliches. Das erste kann, wenn vom Möglichen die Rede ist, entweder particulaires seyn, welches für eine bestimmte Classe von Menschen bestimmt ist, oder universelles, welches entweder alle Menschen verbinden soll, insofern es ihnen bekannt werden sollte, oder welches wirklich allen Menschen bekannt geworden ist. Daſs das alte Testament particulaires Recht für die Juden sey; ist unter diesen ausgemacht; desto streitiger aber ist es, ob die Bibel ein universelles göttliches Recht sey, oder gar überhaupt für die Christen Zwangsgesetze enthalte? [s]. Der Jurist, welcher zu keiner bestimmten Religions-Partey übertreten will, kann hier nichts weiter antworten, als: die Bibel ist nicht universell publicirt. Ob sie, ihrem Zweck nach universelle Gesetze enthalte; ob das Mosaische Recht [t] durch das neue Testament aufgehoben sey, und ob das letzte bloſs moralische Vorschriften aufstelle [u]? dieſs sind Fragen, welche die Theologie eines jeden beantworten muſs. So viel bleibt indeſs juristisch gewiſs, daſs selbst die moralischen Vorschriften des neuen Testaments, sofern

[r] Die Eintheilung ist richtig, aber die Terminologie widernatürlich, und zufolge §. 3. 9. 10. I. de iure nat. gent. et civ. (1. 2.) durch eine irrige Auslegung der L. 32. pr. L. 36. de LL. (1. 3.) entstanden. Meine Vers. 2. B. S. 266. C. L. Crell de orig. et virtut. iur. non scripti. Vit. 1729. Abweichend sind A. Mylius de iure civ. scripto. Lips. 1693. Idem de iure civ. non scripto. Lips. 1694. Glück Comm. §. 82. (Hübner) Bericht. u. Zus. zu den Inst. des R. R. Leipz. 1801. S. 152. 153. Ueber die Arten beider s Meine Vers. 1. B. n. 7. Hübner a. a. O. S. 22 — 42.

[s] Vergl. Waldinus de legib. divin. positiv. universal. Ien. 1757. I. H. Hannesen de non existentia leg. div. pos. univers. (in eius opusc.). Meister num ius divin. detur posit. univ. (in eius exerc. F. 1.), Michaelis Mos. Recht. 1 Thl. §. 2. fg. Hellfeld de valore leg. Mos. hodiern. (in eius opusc.) Bericht u. Zus. zu d. Inst. d. R. R. S. 140 — 151.

[t] wie z. B. C. L. Nitzsch über die Ungült. d. Mos. Ges. etc. Wittenb. 1800. S. 22. fgg.

[u] welches unter andern vertheidigt Popp v. Ehescheidungen. 1 — 3. Abh.

sie in concreto erkennbare Liebespflichten begründen, nach den Vorschriften des römischen Rechts (§. 4.) in einem christlichen Staat nicht ohne alle Wirkung bleiben können, vielmehr in demselben eben so behandelt werden müssen, wie die nach den Begriffen der Römer erkennbaren moralischen Pflichten.

§. 12.

b) Menschliches. α) recipirtes;

Die positiven Gesetze menschlichen Ursprungs sind in Deutschland theils recipirte, theils einheimische. Zu den ersten gehören I) das, bekanntlich aus den Institutionen, Pandecten, dem neuen Codex, nebst den darin enthaltenen Authentiken, und den Novellen bestehende Justinianeische Recht, jedoch nur so weit als es glossirt ist [x]. II) Das Kanonische Recht. Dieses enthält folgende Sammlungen: 1) das Decretum Gratiani, bestehend aus Excerpten aus Kirchenvätern, mancherley geistlichen und weltlichen Gesetzen u. s. w. im J. 1151. verfaſst. 2) Die Decretalen-Sammlung Gregor IX, (Liber Extra Decretum) ähnlichen Inhalts, und publicirt 1234. 3) Die Decretalen-Sammlung Bonifaz VIII., (Liber Sextus genannt) vom J. 1298. 4) Eine Sammlung der Verordnungen Clemens V (Clementinae), abgefaſst 1311; 5) die sogenannten Extravagantes Ioannis XXII. gesammelt 1340, und die Extravagantes communes von 1483, jene bestehend aus Decretalen Johann XXII. diese aus Decretalen der Päpste von Urban IV. — Sixtus IV., und beide von Gregor XIII. im J. 1580. als Gesetzbücher bestätigt. III) Die, den neueren Ausgaben des corp. iur. Romani allgemein angehängten sogenannten libri oder consuetudines feudorum.

§. 13.

Fortsetzung.

Alle diese recipirten Gesetzsammlungen gelten schlechthin und im Ganzen als gemeines Recht in Deutschland [y] sofern ihnen nicht einheimi-

[x] Das Gegentheil behaupten C. A. Beck de novell. Leonis earumqne usu et auctoritate, und G. L. Menken de novellar. glossatar. et non gloss. auctoritat. iuris Lips. 1707. Allein vergl. Walch controv. p. 10. 11. Zepernick mantiss. ad Beck de Nov. Leon. cap. 3. Ueber die Zahl der glossirten Novellen: Hugo Civ. Mag. 3. B. n. 1. 7. P. F. Weiſs historia Novell. litterar. Partic. 1. Marb. 1800.

[y] Not. O. v. 1512. §. 1. 3. K. G. O. v. 1555. P. 1. Tit. 13. §. 1.

sche Gesetze und deren Analogie [z] im Wege stehen, und ihr Object überhaupt noch existirt [a]. Dafs der Grund der recipirten Rechte jetzt wegfalle, oder unsre Lage zweckmäfsigere Gefetze erheische, steht juristisch der Anwendung derselben nicht entgegen [b].

§. 14.

β) einheimisches. Die einheimischen Gesetze sind theils solche, deren Verbindlichkeit sich über ganz Deutschland erstreckt, (gemeines Reichsrecht), theils solche, welche nur für einzelne Theile Deutschlands gelten. Zu den ersten gehören blofs die deutschen Reichsgesetze [c]; die letzten sind wieder allgemeine Land-, Provincial- und Local-Rechte, je nachdem sie für ein aus mehreren Provinzen bestehendes Territorium, für einen District desselben, oder einen einzelnen Ort erlassen sind.

§. 15.

B) Ungeschriebenes. Eintheilung. Für die Lehre vom ungeschriebenen Recht ist der erste Hauptgrundsatz: jeder, welcher nicht durch geschriebene Gesetze gebunden ist, kann sich vertragsmäfsig selbstgebilligten Gesetzen unterwerfen, ohne einer allgemeinen Erlaubnifs oder besondern Billigung des Gesetzgebers zu bedürfen; soll hingegen Jemand Gesetzen unterworfen werden, welche weder der Regent gegeben, noch der zu Verpflichtende selbst gebilligt hat, so mufs diefs durch den Beweis des allgemeinen erlaubenden, oder besondern genehmigenden Willens des Regenten gerechtfertigt werden. Gesetze der ersten Art kann man, zur Kürze

P. 3. Tit. ult. §. 1. C. C. C. Art. 118. 126. 155. H. Linken. Diss. de iur. Justin. recept. Pars 1. Altorf 1679. Pars 2. ibid. 1680. A. Duck de auctorit. iur. civ. Lips. 1676. Walch controv. p. 3. 4. C. H. Horn de praerog. morum Germaniae in concursu cum LL. receptis. Viteb. 1718.

[z] L. 6. §. 1. de V. S. (50. 16.) C. F. Kühne de applicat. iur. Rom. ad instituta iur. Germ. propria. Helmst. 1792.

[a] E. I. Westphal de iur. Rom. indole et oblig. diversa ratione in for. ap. Rom. et Germ. Lips. 1726. Webers Reflex. zur Beförd. einer gründl. Theor. v. heut. Gebr. d. R. R. (auch in dessen Vers. 1. B. n. 1.).

[b] Meine Theorie d. log. Ausl. §. 15. A. M. ist H. E. Kestner problema, ostendens ius Rom. deficiente iure statutario aut provinciali non esse attendendum in casibus, ubi aut rationi aut aequitati repugnat. Rint. 1705.

[c] Mevius P. 2. Dec. 185. Hufelands Beytr. 1. Hft. 3. St.

des Ausdrucks, vertragsmäſsiges, Gesetze der letzten Art gesetzliches ungeschriebenes Recht nennen.

§. 16.

a) Gerichtsgebrauch.

Zu der letztgenannten Art des ungeschriebenen Rechts gehört 1) der Gerichtsgebrauch (res iudicatae). Wenn nämlich bey einem Gericht häufig und stets eine Norm als gesetzlich befolgt ist, so muſs dieses Gericht, es sey nun von den bloſsen Gerichtsformen [d], oder dem Gegenstande der Streitigkeiten die Rede, die bisher angenommenen Normen, wenn sie den Gesetzen nicht widerstreiten [e], als Gesetz befolgen [f], jedoch nur in Ansehung der Puncte, in welchen die bisherigen Urtheile gleichförmig waren [g]. Coordinirte Gerichte binden sich nicht durch ihre Urtheilssprüche, wohl aber Obergerichte, sofern nicht bloſs von der Verfahrungsart derselben die Rede ist, die Untergerichte [h]; auch darf man Meynungen der Juristen nicht dem Gerichtsgebrauch gleichsetzen, obgleich Schwäche und Vorurtheil denselben in Deutschland viel Ansehn verschafft haben [i]. Häufig nennt man diesen Gerichtsgebrauch, verbunden mit dem Gewohnheitsrecht, Observanz. Im strengsten Sinn versteht man aber unter Observanz stillschweigende Verträge der Glieder eines Collegii. Zu diesen gehört dann natürlich nur der einzelne Act der Einwilligung [k].

§. 17.

b) Gewohnheitsreht.

Gleiche gesetzliche Kraft hat 2) das Gewohnheitsrecht (ius consuetudinarium,

[d] S. Stryk de stylo curiae. (Diss. T. 1. n. 23).

[e] L. 4. L. 13. C. de sentent. et interloc. (7. 45.)

[f] L. 38. de LL. (1. 3.), L. 3. C. de aedific. privat. (8. 10.) L. 12. §. 5. C. de R. C. (4. 1.) L. 11. C. de iniur. (9. 35.). Das Gegentheil hat E. A. Haus Vers. über den rechtl. Werth d. Gerichtsgebr. Erl. 1789 §. 7 — 20. zu beweisen gesucht, allein aus Gründen, welche nicht bestehen können, wenn man Pandekten und Codex als Gesetzbuch behandelt.

[g] Berger oecon. iur. L. 1. T. 1. §. 19. not. o.

[h] Berger a. a. O. not. 1.

[i] I. H. Boehmer de iniusta theor. et prax. opposit. Dessen D. de servitut. tritur. forens. (in exerc. ad P. T. 1.) I. D. Wiebeking de incommodis per interpr. usual. et observ. in iurispr. invectis. Frkf. ad V. 1748.

[k] Griebner de observ. colleg. iurid. (in opusc.) Schnaubert Beytr. z. Staats- u. K. R. 1. Th. n. 6. Meurer jur. Abh. 1. S. n. 6.

consuetudo, mores maiorum) [l]. Wenn nämlich die gemeine Meynung einer gewissen Classe von Personen eine Norm als verbindlich anerkennt, und diese Überzeugung in Befolgung der Norm äußerlich dargethan hat, es sey nun durch positive, oder negative Handlungen (consu. affirmativa, negativa): so entsteht aus dieser geäußerten gemeinen Meynung ein Gesetz für jeden, welcher zu dieser Classe von Personen gehört [m], sofern nur die Gewohnheit nicht unvernünftig ist [n], und sich auf Puncte erstreckt, welche das geschriebene Recht unbestimmt ließs (c. constitutiva). Den Gesetzen widerstreitende Gewohnheiten (correctoriae, derogatoriae), wenn sie nicht speciell vom Regenten genehmigt [o], oder eine unvordenkliche Zeit hindurch ausgeübt sind [p], gelten also nicht, sie mögen nun auf Abschaffung des Gesetzes durch Nichtgebrauch gehen (desuetudo), oder Einführung eines, dem Gesetz widerstreitenden neuen Grundsatzes (c. obrogatoriae) [q], und zwar alles dieß selbst dann, wenn sie gerichtlich bestätigt wurden [r].

§. 18.

Dessen Erfodernisse.

Das Gewohnheitsrecht, da es einmal gesetzlich anerkannt ist, setzt demnach, außer

[l] C. Thomasius de iure consuet. et observantiae. Hal. 1699. G. v. d. Busche de consu. an et quando vim leg. obtin. Goett. 1752. C. C. Hofacker de iure consuet. Tub. 1774. Meurer jur. Abh. u. Beobacht. 1. S. n. 4. 5. 6. Gutjahr das Gewohnheitsrecht. Leipz. 1801. (unvollendet geblieben, und nicht förmlich herausgegeben). I. N. K. Guilleaume Abh. d. Rechtslehre v. d. Gewohnheit. Osnabr. 1801. (Hübner) Bericht. u. Zusätze zu den Inst. des R. R. §. 12.

[m] §. 9. I. de iure nat. (1. 2.) pr. I. de acquis. per arrog. (3. 11.) L. 32—38. de LL. (1. 3.) L. 2. C. quae sit long. consu. (8. 53.).

[n] Nov. 134. c. 1. G. A. Struv de consuet. rationab. et irrationab. Ien. 1667. V. B. Kraußer de consuetudine facti. Altorf. 1695.

[o] L. 32. §. 1. de LL. (1. 3.).

[p] Denn die unvordenkliche Verj. ist an sich ein Rechtsgrund wider die Gesetze. Meine Schr. üb. Bes. u. Verj. 2. Thl. §. 74. fgg.

[q] L. 38. vergl. mit L. 39. de LL. (1. 3.) L. 2. C. quae sit l. consu. (8. 53.) L. 5. C. de LL. (1. 14.). Cocceii I. C. L. 1. T. 3. qu. 4. F. C. Conradi de consuet. legem haud vincente. Helmst. 1745. Hübner a. a. O. S. 164—169. C. G. Schweizer de desuetudine. Lips. 1801. A. M. sind viele mit G. H. Ayrer de consuet. legem vincente. Goetting. 1763. Glück Comm. T. 1. §. 93.

[r] A. M. ist Leyser spec. 9. m. 10. vergl. damit Hartleben spec. 11. med. 10. Müller ad Leyser Obs. 37.

den oben genannten negativen Erfodernissen, als positives Erfodernifs voraus, dafs wenigstens die Majorität [s] einer gewissen Classe von Personen eine Norm als verbindlich angesehen, und diefs durch offenkundige, gleichartige [t], im Ganzen ununterbrochene [u] Handlungen zu erkennen gegeben hat. Die Vielheit dieser Handlungen läfst sich weder nach Zahlen berechnen [x], noch hier alles ohne Princip der, alsdann blinden, Willkühr des Richters überlassen [y], vielmehr hängt alles davon ab, ob aus der Zahl dieser Handlungen in vorliegendem Fall die gemeine Meynung dieser Classe von Personen erhellet.

§. 19.

Fortsetzung.

Eine nach diesen allgemeinen Begriffen legale Gewohnheit, erfodert, um Gesetzkraft zu erhalten, weder die besondere Zustimmung des Regenten [z], noch auch die Bestätigung im Gericht [a], oder den Ablauf einer langen, bestimmten oder unbestimmten Zeit [b], am wenigsten der Verjährungszeit [c], wiewohl durch beide die Existenz der gemeinen Meynung sehr bestärkt, und aus einem ordentlichen Gerichts-

[s] Lauterbach coll. L. 1. T. 3. §. 33.

[t] L. 1. C. h. t. (8. 53.) vergl. auch Glück §. 87.

[u] L. 3. C. l. c.

[x] A. M. sind viele. Vergl. Köchy Medit. 1. S. n. 8. Meditat. über versch. R. M. 3. B. n. 182.

[y] A. M. sind die eben angef. Schriften, und Glück §. 86.

[z] v. d. Busch l. c. cap. 3. §. 26-32. Weber Reflexionen (Versuche 1. B. n. 1.) §. 24. Häufig, aber ohne Grund, wird dawider angeführt L. 32. de LL. (1. 3.).

[a] L. 34. de LL. (1. 3.) steht dem nicht entgegen, so wenig als L. 3. C. de aedific. priv. (8. 10.) L. 1. C. quae sit long. cons. (8. 53.). Cramer Obs. iur. un. T. 3. Obs. 847. C. C. Staudinger de consuet. contradicto iudic. firmata. Goett. 1754. Meditat. üb. versch. R. M. 3. B. n. 183. A. M. sind Meurer a. a. O. S. 125. fgg. Hofacker Diss. cit. cap. 2. §. 38. fgg. und in Betreff correctorischer Gewohnheiten Wernher P. 9. Obs. 193. Kind qu. for. T. 1. c. 58.

[b] Wie man allgemein, aber irrig, aus L. 32. 33. 35. de LL. (1. 3.) L. 2. 3. C. eod. (8. 53.) folgert. A. M. sind viele, aber unter mancherley Modificationen. S. Meditat. über versch. R. M. 3. B. n. 182. H. G. Bauer de ver. iuris consuet. ratione lapsuque tempor. ad illud introduc. necess. Lips. 1761.

[c] Abweichend sind viele wegen cap. ult. X. de consuet. (1. 4.). Allein s. I. H. Hochstetter de praescr. consuet. Stuttg. 1776. Meurer a. a. O. S. 157. fgg.

gebrauch die gemeine Meynung vollständig dargethan werden kann [d]; daher denn auch der, allgemein, selbst in den Gesetzen [e], vom Gewohnheitsrecht unterschiedene Gerichtsgebrauch im Grunde nur eine Art des ersten ist [f]. Selbst unbedingte Gleichheit der Handlungen ist kein Requisit, weil kein Gesetz sie fodert [g], und eine gemeine Meynung und Handlungsweise sehr wohl bey einzelnen wenigen Ausnahmen bestehen kann.

§. 20.

Beweis des G. R.

Bey dem Beweise des Gewohnheitsrechts [h] ist von Seiten des Beweisführers nichts, als die Existenz der positiven Erfodernisse (§. 18.) darzuthun. Daſs die Gewohnheit unvernünftig, wider die Gesetze, und unterbrochen sey, gehört zum Gegenbeweise [i]. Die gewöhnlichen Beweismittel sind auch hier zulässig, also Urkunden, sofern sie nur an sich beweisend sind, und die streitigen Facta speciell angeben [k]; ferner Zeugen, welche der Gewohnheit genau kundig sind [l], ohne daſs man mehr als zwey fodern kann, wenn diese so viel Facta, als in dem streitigen Fall zum Beweise gehören, angeben können [m]; endlich selbst Eide, und zwar nicht allein der Erfüllungseid, sofern der Beweisführer über die, zur Ergänzung nöthigen Facta etwas wissen kann [n], son-

[d] L. 1. C. quae sit long. consu. (8. 53.).

[e] L. 38. de LL. (1. 3.).

[f] L. 34. eod. L. 1. C. cit. Hofacker princ. T. 1. §. 124.

[g] Allgemein behauptet man das Gegentheil wegen L. 38. de LL. (1. 3.) L. 1. 3. C. h. t. (8. 53.) L. 3. C. de aedific. priv. (8. 10.). Allein daraus läſst sich jener Satz nur in Betreff des Gerichtsgebrauchs herleiten.

[h] D. H. Kemmerich de probat. consuet. et observantiae. Ien. 1732. 1746. 1775. Gaertner med. Sp. 1. m. 12. Pütter Beytr. 2. Th. n. 39. Cocceii I. C. L. 1. T. 3. qu. 15.

[i] Kemmerich l. c. Sect. 2. §. 6.

[k] Wernher P. 4. Obs. 110. Mevius P. 4. Dec. 2. Struben 2. Th. 59. Bd. zum Theil a. M. ist in Betreff der Gerichtsatteste Leyser Sp. 9. m. 9.

[l] Kemmerich l. c. §. 17. Pufendorf T. 2. Obs. 138.

[m] Glück §. 87. Mehr Zeugen fodern Kemmerich l. c. Voet L. 1. T. 3. §. 34.

[n] Kemmerich l. c. §. 17. A. M. sind Voet l. c. §. 33. Struben 4. B. 163. Bd. Einen Glaubenseid gestatten die mehrsten mit Wernher P. 1. Obs. 38.

dern selbst der angetragene [o]; nur darf freilich der, durch eines jener Mittel geführte Beweis nachher nicht wider Dritte benutzt werden [p]. Notorische, zur eigenen Wahrnehmung der Gerichte gelangte Gewohnheiten bedürfen gar keines Beweises [q].

§. 21.

c) andre Arten, besonders d) Gemeinde-Statuten.

3) Kann man hieher rechnen alle testamentarischen Dispositionen und alle Verordnungen unter Lebenden, welchen der Familien-Vater seine Kinder und Sklaven unterwerfen darf, so wie 4) in gewissem Betracht die Statuten der Gemeinheiten. Die Letzten verdienen eine besondere Erörterung.

§. 22.

Fortsetzung von Statuten.

Jede Mehrheit zu einem bestimmten Zweck verbundener Personen, die Verbindung sey nun auf eine Zeitlang geschlossen (Gesellschaft) oder auf immer (universitas), hat die Befugniſs, sich durch vertragsmäſsige Gesetze (statuta conventionalia) zu binden, ohne daſs es dazu einer besondern Erlaubniſs des Regenten bedarf [r], sofern nur die bestehenden, dem Privat-Mann unabänderlichen Gesetze dadurch nicht aufgehoben werden [s]. Will eine Universität sich das letzte anmaſsen, oder dritte Personen durch ihre Gesetze (statuta legalia) binden, so muſs der Regent dieſs besonders gestatten, sofern nicht der dritte eine Sache, worüber durch statuta conventionalia Vorschriften gemacht sind, erwirbt, weil er dann selbst die darauf gelegten Lasten übernimmt [t]. Alles dieſs gilt denn auch von den deutschen Territorial-Städten, welche jedoch, wenn sie das Recht, statuta legalia zu er-

[o] A. M. ist Malblank de iureiur. §. 44.

[p] Tit. C. inter alios acta (7. 60.).

[q] Gönner Handb. d. Proc. 3. B. 52. Abh. §. 11. Martin und Walch Mag. f. d. Proc. 1. B. S. 85. 86.

[r] I. H. Boehmer de natur. statutor. (Exerc. ad P. T. 1. Maiers Autonomie 2. St. §. 64—68. Ueber die Form, wie statuta zu errichten sind, und über die Natur einer universitas s. unten §. 218—223.

[s] Müller ad Leyser Obs. 22. 26. So weit Privat-Personen sich Strafen unterwerfen können, so weit können denn auch statuta dergleichen verhängen. Riccius v. Stadtges. 2. B. 6. Hptst.

[t] Riccius 16. Hptst. §. 10. fgg.

richten, erhalten haben, durch diese weder solche Personen, denen ein privilegirter Gerichtsstand beygelegt ist, noch auch Fremde binden können, sofern nicht beide sich durch den Erwerb einer Sache den dinglichen Statuten, oder durch Betreibung eines Gewerbes den dieses betreffenden Verordnungen unterworfen haben, oder von der Form und den rechtlichen Folgen der Geschäfte eines Fremden, oder der Führung eines Processes die Rede ist [u]. Die Rechtmäſsigkeit der Polizey-Verfügungen städtischer Obrigkeiten muſs daher abgeleitet werden, daſs sie nicht bloſs Gemeindevorsteher, sondern zugleich Verwalter der Polizey-Hoheit Namens des Regenten sind [x].

§. 23.

Schluſsbemerkung über Autonomie.

Das vertragsmäſsige ungeschriebene Recht (§. 15.) ist so mannigfaltig, als die im Staat vorhandenen Verträge sind. Die Grenzen desselben folgen von selbst aus den weiter unten zu entwickelnden Grundsätzen über die Natur eines Vertrags. Zum Beschluſs noch die Bemerkung, daſs man die ungeschriebenen Gesetze, welche die Bürger sich selbst oder andern geben, **Autonomie-Gesetze** zu nennen pflegt [y].

Dritter Abschnitt.

Ueber die Verbindungskraft der Gesetze.

§. 24.

1) Von welcher Zeit binden sie?

Die Verbindungskraft der positiven Gesetze (in Rücksicht deren die Frage: wie stark sie binden? hier für die Lehre von der Natur der Verbindlichkeit überhaupt ausgesetzt bleiben muſs) kann erst mit dem Augenblick anfangen, da das Factum, welches sie begründet, vollständig vorhanden ist. Geschriebene Gesetze werden also erst durch die Promulgation geltend, aber auch so-

[u] Riccius 13. Hptst. §. 14. 15. 16. 32. 16. Hptst. §. 12. 13.
[x] Riccius 5. Hptst.
[y] Pütter Beytr. 2. B. n. 21. Majer Autonomie. 1. St. §. 23.

fort durch diese [z], wenn nicht etwa der Gesetzgeber den Eintritt der Verbindungskraft weiter hinaussetzen [a], oder derjenige, den das Gesetz an sich bindet, eine entschuldbare Unwissenheit der Publication beweisen sollte [b]. Die Publication, als Factum, muſs übrigens erwiesen werden, und zwar für alle Orte, wo das Gesetz gelten soll [c], doch bedarf es nach diesem Beweise nicht noch eines besondern Beweises, daſs das Gesetz zur Anwendung gekommen sey [d].

§. 25.

2) Für welche Fälle sind sie verbindend?

Ist ein positives Recht gültig geworden, so erstreckt sich die Wirksamkeit desselben nur auf zukünftige, nicht aber auf vergangene Handlungen [e], d. h. nicht auf diejenigen, worauf man schon ein erworbenes Recht hat [f]; doch wird, wenn der Regent ein Gesetz erklärt, und diese Verordnung als Erklärung angesehen wissen will, die authentische Auslegung bis zum Publicationstag des erklärten Gesetzes zurückgezogen [g]. Wird indeſs ein Gesetz vom Regenten namentlich auf

[z] L. 65. C. de decurion. (10. 31.). Die Meynung des Stryk U. M. L. 1. T. 3. §. 15. Cocceii I. C. eod. Tit. qu. 8. daſs wegen Nov. 66. c. 1. ein Gesetz im Zweifel erst zwey Monate nachher gelte, ist falsch. Wernher P. 4. Obs. 201. Leyser spec. 7. med. 8.

[a] Z. B. Nov. 58. Nov. 116. cap. 1.

[b] Nov. 66. c. 1. Faber in Cod. L. 1. Tit. 5. Def. 3. Riccius v. Stadtgesetzen. 2. B. 7. Hpst. §. 3.

[c] Müller ad Leyser Obs. 14. Hartleben med. Sp. 8. Gärtner med. Sp. 1. m. 9. Abweichend ist Leyser Sp. 7. m. 1. 2. und Vol. 12. Sp. 7. m. 6.

[d] Riccius a. a. O. 2. B. 8. Hpst.

[e] L. 7. C. de LL. (1. 14.). C. H. Lorenz de vi leg. in praeteritum. Lips. 1770.

[f] L. 17. C. de fide instr. (4. 21.) L. 29. in f. C. de testament. (6. 23.) L. 65. C. de decurion. (10. 31.) L. 23. §. ult. C. mandat. (4. 35.) L. ult. C. de pact. pignor. (8. 35.). Die singulaire L. 27. pr. C. de usuris (4. 32.) hat indeſs manche abweichende Ideen über den Begriff der praeteritorum veranlaſst. Vergl. N. C. Lynker de vi legis in praeteritum. Ien. 1681. 1751. Th. 5. R. C. Henne de vi leg. in praeteritum. Erf. 1737. C. G. Reinhardt de valore et vi leg. in praet. Hal. 1748. Reinharth ad Christinaeum Vol. 1. Obs. 49. n. 5. Huber prael. L. 1. T. 3. §. 10. Müller ad Leyser Obs. 15.

[g] Nov. 19. praef. in f. Lynker l. c. T. 39—42. Voet L. 1. T. 3. §. 17. Leyser Sp. 7. m. 6. Zum Theil a. M. sind die Bericht. und Zus. zu den Inst. des R. R. S. 174. 175.

die Vergangenheit gerichtet, so gilt es auch für frühere Handlungen, mit der Einschränkung, daſs alle durch Vergleich, Zahlung, oder Urtheile aufgelösten Geschäfte und entschiedenen Streitigkeiten nach dem älteren Recht zu entscheiden sind [*h*], wohin auch alle, in der zweyten Instanz anhängigen Rechtssachen gehören [*i*].

§. 26.

3) Wen binden sie? Die Kraft der geschriebenen, von der Staatsgewalt promulgirten Gesetze erstreckt sich über alles, was innerhalb des Territorii enthalten ist, Personen sowohl, als Sachen. Die, welche sich der Staatsgewalt überhaupt unterworfen haben, werden dadurch überall verpflichtet; Fremde hingegen nur, so lange sie sich im Territorio aufhalten in Ansehung der Einrichtung ihrer Handlungen [*k*]. Im Zweifel werden bewegliche Sachen nach den Gesetzen beurtheilt, welchen ihr Eigenthümer für seine Person unterworfen ist [*l*], und wenn auch die Gesetze des Territorii, wo sie liegen, namentlich mit auf sie gerichtet seyn sollten, so muſs doch die Wirkung derselben mit der Ausführung der Sachen aus dem Territorio in ein anderes aufhören. Der Umfang der Verbindungskraft der einzelnen Arten des ungeschriebenen Rechts ergibt sich von selbst aus der besondern Natur eines jeden derselben.

§. 27.

Fortsetzung. Auch der Regent ist nach allgemeinen Begriffen als Privat-Person, so weit man diese in ihm unterscheiden kann, seinen eigenen Gesetzen unterworfen, wenn er sich in dem Gesetz nicht selbst ausgenommen hat, wenn die nachherige Abweichung die Rechte der Bürger nicht verletzt, oder ein Grund eintrit, da das Recht des Unterthanen überhaupt gebrochen werden darf; doch findet natürlich, wenn der Regent unabhängig ist, im Fall der Weigerung kein

[*h*] L. 21. in f. L. 22. §. 1. C. de SS. eccl. (1. 2.) L. un. §. 4. C. de contract. iudic. (1. 53.) L. ult. §. 5. C. de legit. hered. (6. 58.) L. 17. C. de fide instrum. (4. 21.) Nov. 19. praef.

[*i*] A. M. ist, aber wider Nov. 115. cap. 1. Glück Comm. §. 21. a. E.

[*k*] C. F. Boeschen de vi leg. civil. in subd. tempor. Lips. 1772. Riccius v. Stadtges. 2. B. 15. 18. Hptst.

[*l*] Riccius a. a. O. 17. Hptst. §. 1. 2. 8.

Zwang gegen ihn statt [m]. Das Römische Recht, obgleich die Kaiser sich factisch oft ihren Gesetzen unterwarfen [n], erklärt jedoch den Regenten rechtlich für unabhängig von seinen Gesetzen [o]. Für Kaiser und Reichsstände gilt, bey völlig gleicher Lage, derselbe Grundsatz in Deutschland [p]; alle subordinirten Territorial-Regenten hingegen sind, unter den obigen Beschränkungen, ihren Gesetzen unterworfen [q].

§. 28.

Ausnahmen im Fall eines Irrthums.

Der Unterthan ist schuldig, ein gehörig publicirtes Recht zu kennen, und richtig anzuwenden [r]; doch gibt es Fälle, da ein Irrthum (er sey nun, welches gleichgültig ist [s], Nichtwissen (ignorantia) oder Falschwissen (error),) im Recht, oder über die Thatumstände, verziehen wird [t]. Was I) die Rechtsunwissenheit betrifft, so ist es 1) allgemeiner Grundsatz, dafs der, welcher sich hätte belehren lassen können, und es nicht that, alle, selbst sein erworbenes Vermögen verringernden nachtheiligen Folgen seines Irrthums tragen mufs [u]. War der Irrthum entschuldbar, so wird er A) in Betreff eines beabsichtigten Gewinns nicht verziehen; ist hingegen B) von einem zu vermeidenden Schaden die Rede, so wird der Rechtsirrthum nicht zum Nachtheil ange-

[m] Vergl. Wachendorf de principe legib. soluto (in eius Diss. triade. Ultr. 1730.). Schnaubert de principe legib. soluto. Ien. 1793. auch übers. mit Anm. v. Hagemeister unter dem Titel: auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Ges. gebunden. Rost. und Leipz. 1795. Gött. gel. Anz. 1795. S. 83. fgg.

[n] §. ult. I. quib. mod. test. infirm. (2. 17.) L. 4. L. 10. C de LL. (1. 14.) L. un. §. 14. C. de caduc. toll. (6. 51.).

[o] L. 31. de LL. (1. 3.) Nov. 105. cap. 2. §. 4.

[p] Gönner Handb. des Proc. 2. B. S. 39. 40.

[q] S. die Schriften in not. m.

[r] L. 9. C. de LL. (1. 14.) L. 12. C. h. t. (1. 18.). T. Berger de oblig. civ. ad cognosc. in civ. leges. Cob. 1738. I. T. Richter de eo quod lex semper loqui praesumatur. Lips. 1747.

[s] L. 1. h. t. (22. 6.) L. 57. de O. et A. (44. 7.).

[t] Vergl. überh. I. Malcoti Prael. ad Tit. Cod. de iur. et fact. ignor. G. Strecker D. de iur. et fact. ignor. Erf. 1754. G. L. Boehmer D. de eod. arg. Goett. 1745. Reinhardt v. der iur. u. facti ignor. (in dessen kl. Schr. 1. St. n. 3.).

[u] L. 9. §. 3. de iur. et fact. ignor. (22. 6.). Wernher lect. com. eod. Tit. §. 4. Andrer M. s. Leyser Sp. 189. M. 3. Müller ad Leyser Obs. 506.

rechnet [x]; doch geht dieſs nicht so weit, daſs der Irrende das, vermöge eines entschuldbaren Rechtsirrthums Gezahlte zurückfodern kann [y]. 2) Besondere Ausnahmen finden statt A) in Ansehung der Minderjährigen, welchen, wenn sie nicht für Rechtskunde öffentlich autorisirt sind, eine schuldvolle Unwissenheit nicht zur Last gelegt wird, selbst dann nicht, wenn von der Erlangung eines Gewinnes die Rede ist [z]; B) in Ansehung der Soldaten, welche nicht bloſs beym Verlieren, sondern auch beym Gewinnen Verzeihung erhalten [a], so wie C) Bauern und Unfähige beym Verlieren geschont werden [b]. Endlich sind D) Weiber, aber nur in einzelnen Fällen ausgenommen [c], nämlich bey einigen Verbrechen [d], und bey der Zurückfoderung einer Nichtschuld [e]. Allen diesen unter B. C. D. genannten Personen fällt es denn an sich auch nicht zur Last, wenn sie Belehrung erhalten konnten, wohl aber, wenn sie derselben leichtsinnig auswichen [f]. II) Die Unwissenheit factischer Umstände schadet, wenn von eignen Factis die Rede ist, in der Regel immer, wenn nicht ein Entschuldigungsgrund vom Irrenden [g]; die Unbekanntschaft mit fremden Factis hingegen gereicht Niemand zur Last, dem nicht seine Un-

[x] L. 3. L. 4. L. 7. 8. 9. eod. L. 7. §. 4. de iurisd. (2. 1.) L. 1. §. ult. de edend. (2. 13.).

[y] L. 3. pr. ad SCt. Maced. (14. 6.) L. 10. C. de iur. et fact. ignor. (1. 18.). Cocceji I. C. Lib. XII. T. 6. qu. 14. Viele sind freilich andrer Meynung. Höpfner Comment. §. 954. not. 2.

[z] L. 9. pr. de iur. et fact. ign. (22. 6.) L. 2. L. 11. C. eod. (1. 18.) L. 38. §. 7. ad L. Iul. de adult. (48. 5.) L. 4. C. de incest. nupt. (5. 5.). Lauterbach coll. L. 22. T. 6. §. 14.

[a] L. 25. §. 1. de probat. (22. 3.) L. 9. §. 1. h. t. (22. 6.) L. 1. C. h. t. (1. 18.).

[b] L. 25. §. 1. de probat. (22. 3.) L. 7. §. 4. de iurisd. (2. 1.) L. 1. §. 5. de edendo (2. 13.) L. 3. §. 22. ad SCt. Sillan. (29. 5.).

[c] L. 9. pr. h. t. (22. 6.) L. 13. C. eod. (1. 18.). A. M. ist I. Klein de innoxia mulier ignor. Rostok. 1697.

[d] L. 38. §. 2. ad L. Iul. de adult. (48. 5.) L. 1. §. 10. ad SCt. Turpill. (48. 16.) L. 4. C. de incest. nupt. (5. 5.).

[e] L. 25. §. 1. de probat. (22. 3.).

[f] Ueber die verschiedenen Ideen s. Klein l. c. cap. 2 n. 85—96. Leyser Sp. 289. m. 4. 5. Müller ad Leyser Obs. 507. Struben 3. B. 109 Bed. Hommel Rhaps. Obs. 477.

[g] L. 7. ad SCt. Velleian. (16. 1.) L. 22. de cond. indeb. (12. 6.) L. 2. L. 6. L. 9. §. 2. h. t. (22. 6.). Crell de igno-

wissenheit als grobe Nachlässigkeit erwiesen werden kann [h].

Vierter Abschnitt.

Ueber die Gesetze in Rücksicht ihres Umfangs.

§. 29.

In Rücksicht des Umfangs.

In Rücksicht des Umfangs betrachtet, sind die Gesetze entweder I) allgemeine (generales), welche eine Regel aufstellen, und zwar entweder 1) gemeine (ius commune), wenn sie eine Regel aufstellen, welche nicht von dem abweicht, was die strenge Natur des Rechts mit sich bringt, oder 2) besondere (ius singulare, ius exorbitans, auch privilegium, und sofern es vortheilhaft ist, beneficium legis), wenn sie eine solche Ausnahme wider das strenge Recht einführen [i]. II) Specielle, welche nur für individuelle Fälle und Personen gelten. Diese sind entweder 1) solche, welche keine Ausnahme vom gemeinen Rechte machen, wie z. B. Instructionen in Regierungssachen; oder 2) sie enthalten eine solche. Dann heifsen sie Privilegia oder Constitutiones personales [k], wiewohl die Neueren den Ausdruck privilegium nur da zu gebrauchen pflegen, wo Jemand für mehrere Fälle vom gemeinen Recht ausgenommen ist [l].

§. 30.

Insbesondere von Privilegien.

Privilegien können Jemand zum Nachtheil gereichen, oder vortheilhaft seyn (privilegia odiosa und favorabilia) [m], welches sich auf

rantia facti proprii interdum innocua. Vitemb. 1771.

[h] L. 3. h. t. (22. 6.).

[i] L. 14. 15. 16. de LL. (1. 3.) L. 141. 162. de R. I. (50. 17.). H. E. Kestner de iure singulari. Rintel. 1702. I. II. Meier de eod. arg. Erf. 1726. F. C. Conradi ad Iulii Pauli ex libro sing. de iure singulari reliqua. Lips. 1728.

[k] §. 6. I. de iure nat. (1. 2.) Ueberh. Gebauer singularia de privilegiis. Goett. 1740. (Exerc. T. 1.) G. A. Enenckel ab Hohneck Tr. de privilegiis iur. civ. Libri III. Frkf. 1606. Ratisb. 1720. G. F. Wasmuth de priv. natura et in specie de mod. quibus finiuntur et amitt. Goett. 1787.

[l] Vergl. überh. Meine Vers. 2 B. n. 13.

[m] G. B. Beckmann de aequitate privil. odiosi, et po-

mannigfaltige Weise denken läfst [n]. Man kann sie ferner entweder durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag erwerben, oder ohne einen solchen [o]. Werden sie Jemand blofs für seine Person ertheilt, so heifsen sie personalia; kommen sie hingegen andern zu statten, welche accessorisch bey dem Hauptrechte interessirt sind, oder als Nachfolger in dasselbe eintreten, oder den Privilegirten beerben, so heifsen sie realia [p]. Aus beiden vermischte Privilegien (mixta) gibt es nicht [q]. Im Zweifel streitet für die Privilegia realia, nicht aber für die personalia die Vermuthung [r].

§. 31.

Wer ertheilt Privilegien? Privilegien können nur vom Regenten, und ohne dessen Concession nie vom Magistrat, also in Deutschland für das Reich nur vom Kaiser unter Zustimmung der Reichsstände, die Kaiserlichen Reservate abgerechnet, und in den Territo-

testate imperantis circa illud. Goetting. 1750.

[n] Z. B. exasperatio poenae, dispensatio, mitigatio poenae, aggratiatio, abolitio. I. S. Stryk de abolitione principis. Hal. 1695.

[o] Manche leugnen diefs, Stryk de iure privil. contra privil. cap. 1. §. 21 — 31. Gebauer de privileg. §. 19. allein ohne hinlänglichen Grund. Wasmuth l. c. cap. 1. §. 2. Nicht zu billigen ist es freilich, wenn man die privilegia non conventionalia mit dem Namen gratiosa bezeichnet. Vergl. I. G. Schaumburg de natura privil. tam gratios. quam conventionalium. Jen. 1756.

[p] L. 7. §. 1. de except. (44. 1.) L. 1. §. 41 — 44. de aqua quot. (43. 20.) L. 68. L. 196. de R. I. (50. 17.) Toullieu collect. Diss. 15 Man nennt auch wohl das einer Sache adhärirende vorzugsweise reale, Gebauer l. c. §. 16. man sollte aber nie mit Mevius P. II. Dec. 173. das einer universitas verliehene, obgleich es erst mit dieser erlischt, L. 1. §. 2. de iure immun. (50. 6.) L. 4. §. 3. de cens. (50. 15.) auch ein reale nennen, weil dadurch die falsche Vorstellungsart befördert wird, als ob das einzelne Gemeindeglied pro rata Rechte habe. S. unten §. 218 — 223.

[q] wie viele mit Hert de transit. privil. ad alios (in opusc. V. 1. T. 3. p. 16.) irrig behaupten.

[r] Cocceii I. C. L. 1. T. 4. qu. 4. Wasmuth l. c. cap. 1. §. 1. Ueber die abweichenden, sehr verschiedenartigen Ideen andrer s. Gebauer §. 17. 18. 19. Berger Oec. L. 1. T. 1. Th. 15. Hartleben med. ad P. Sp. 14. m. 5. Voet L. 1. T. 4. n. 14. Walch controv. p. 20. 21. C. G. Einert Ex. privilegium in dubio magis pro personali, quam reali reputandum. Lips. 1778.

rien nur von den Territorial-Regenten ertheilt werden [s], und zwar nicht blofs an Unterthanen, sondern auch an Fremde, wenn diese es annehmen, oder durch den Aufenthalt im Lande, oder wegen ihrer Sachen den Zwang eines andern Regenten anerkennen müssen [t].

§. 32.

Wirkung der Privilegien.

Die Wirkungen der nachtheiligen Privilegien sind Verbindlichkeiten, der günstigen, Rechte, es sey nun zu positiven oder zu negativen Handlungen (privilegia affirmativa, negativa), womit denn auch immer [u] Zwangsrechte gegen Störende verbunden sind, und zwar nach Analogie der Servituten eben die, in Rücksicht dieser stattfindenden Klagen [x]. Die specielle Natur des Privilegii ist aber immer aus dessen Inhalt, oder, wenn es blofs ein anderes Privilegium ausdehnt (privilegium ad instar), aus der Natur des letzten zu beurtheilen [y]. So weit es aber erworbene Rechte Dritter verletzt, ist es im Zweifel ungültig [z], auch verpflichtet es den Regenten nicht, wenn dieser es nicht namentlich als Monopol ertheilte, keinem Andern ein gleiches Vorrecht zu verleihen [a]. — Die Lehre von der Dauer, Widerruflichkeit, Entsagung, Cession, Auslegung und Collision der Privilegien mufs an andern Orten [b] in Verbindung mit den, dazu gehörenden allgemeinen Grundsätzen erörtert werden.

[s] Wasmuth l. c. cap. 1. §. 3 — 8. A. F. Rivinus de principali beneficio in conced. privilegiis. Viteb. 1754. §. 9 — 16.

[t] Vergl. Wasmuth l. c. §. 9. Rivinus l. c. §. 17. Cocceii I. C. L. 1. T. 4. qu. 5.

[u] A. M. ist ohne Grund Müller ad Leyser Obs. 44.

[x] Wasmuth l. c. §. 19.

[y] C. A. Rinder de privileg. ad instar. Altorf. 1714.

[z] L. 7. C. de precib. imper. offer. (1. 19.).

[a] Leyser Sp. 10. m. 4. Abweichend ist Müller l. c. Obs. 43.

[b] Vergl. unten §. 29. 30. 40. 47. 49. 51. 77.

Fünfter Abschnitt.

Ueber die Gesetze in Ansehung der Art ihrer Bekanntmachung.

§. 33.

In Betreff der Bekanntmachung.

In Ansehung der Art und Weise, wie die Gesetze erlassen werden, sind sie entweder allgemein publicirt, oder nicht. Die ersten heissen, wenn sie allgemeine Rechtsgrundsätze enthalten, edicta, leges edictales, oder epistolae generales [c]. Speciell publicirt sind gewöhnlich 1) die mandata oder Instructionen des Regenten in Regierungssachen, welche einem Staatsbeamten für seine ganze Amtsverwaltung, oder noch wieder besonders in einzelnen Fällen ertheilt werden können (mandata ordinaria und extraordinaria) [d]; 2) die rescripta, d. h. Antworten des Regenten auf ihm vorgelegte Anfragen, welche, je nachdem die Anfrage von einer Magistrats-Person, einer Gemeinheit, welche über eine öffentliche Angelegenheit unterrichtet seyn will, oder einer Privat-Person herrührt, epistolae, sanctiones oder iussiones pragmaticae, und subnotationes genannt werden [e] und sowohl in Justiz- als Regierungs-Sachen etwas verfügen können, daher die Eintheilung in Justiz- und Gnaden-Rescripte [f]. 3) Decreta oder Entscheidungen des Regenten in einem, in höchster Instanz an ihn gelang-

[c] L. 1. §. 1. de const. princ. (1. 4.) §. 5. I. de iur. nat. gent. et civil. (1. 2.) L. 6. C. de secund. nupt. (5. 9.) L. 1. §. 2. de fugitivis (11. 4.).

[d] L. 1. 2. C. de mandat. princip. (1. 15.) C. E. Vizzanius de mandat. princip. Amstel. 1657. Instructionen des Regenten in Privat-Sachen heissen epistalmata. L. 3. C. de quadriennii praescr. (7. 37.) I. H. Boehmer D. de iure epistalmatis. Hal. 1735.

[e] Theoph. ad §. 6. I. de iur. nat. (1. 2.) L. 7. C. de div. rescript. (1. 23.) L. 15. C. de prox. sacr. scrin. (12. 19.) L. 1. C. de prec. imper. offer. (1. 19.) Schulting pro rescript. imper. Romanor. (op. T. 1.) D. C. Hunthum de rescript. princip. Romanor. Lugd. Bat. 1709. (in Oelrichs Th. D. Belg. Vol. II. T. 3.) I. H. Boehmer de sanct. pragmat. indole (Exerc. T. 1.). — Nach Nov. 125. sollen die epistolae wegfallen; allein cap. 68. X. de appellat. (2. 28.) hebt diess auf. I. H. Boehmer I. E. Prot. L. 1. T. 3. §. 5.

[f] Textor D. de rescript. grat. et iustit.

ten Procefs, nach förmlicher Verhandlung desselben [g]. Verschieden davon sind 4) die Interlocutiones, wenn der Regent ohne förmliche Rechtsverhandlung eine Sache entscheidet [h].

§. 34.

Verbindungskraft der Decrete und Rescripte.

In Betreff der Form und Verbindungskraft der Decrete und Rescripte sind noch folgende Sätze wichtig: 1) Rescripte müssen vom Regenten, oder Namens desselben unterzeichnet, und mit dessen Siegel versehen seyn, auch das Datum [i], und die Voraussetzungen und Bedingungen (clausulas), unter denen sie gelten und gültig bleiben sollen, ausdrücklich enthalten; doch braucht die Clausel: si preces veritate nitantur, nicht mehr namentlich hinzugefügt zu werden [k]. 2) Die Wirkung eines Justiz-Rescripts fängt von dem Augenblick an, da es dem Richter insinuirt, eines Gnaden-Rescripts von dem Augenblick, da es ertheilt ist [l]. 3) Rescripte, welche dem Staatswohl, oder erworbenen Rechten andrer Eintrag thun, sind im Zweifel als nichtig zu behandeln [m]. 4) Ein Rescript, welches auf Bitten (ad instantiam), und nicht aus eigner Bewegung (ex arbitrio) erlassen ist, verliert seine Wirkung, wenn dem, welcher sich dasselbe auswirkte, vorgeworfen werden kann, dafs er es durch Verschweigung wahrer, oder Anführung falscher Thatumstände veranlafste (exceptio ob- und subreptionis). Hätte der Impetrant das, was ihm das Rescript zusichert, durch einen Rechtsgang erhalten können, und in diesem den Beweis führen müssen: so mufs er gegen den, welcher das Rescript bestreitet, die Falschheit der exceptio sub- und obreptio-

[g] Theophilus ad §. 1. I. de iur. nat. (1.2.).

[h] L. 1. §. 1. D. de constit. princ. (1. 4.) Huber prael. L. 1. Tit. 2. §. 9. Für Nebenurtheile hält sie I. C. Heimburg progr. II. de interlocut. principum. Ien. 1739. Vergl. überh. Meine Vers. 2. B. S. 274. 75.

[i] L. 3. 4. 6. C. de divers. rescr. (1. 23.)

[k] L. 7. pr. C. l. c. vergl. mit cap. 2. X. de rescript. (1. 3.). I. E. Alemann de clausulis rescriptorum. Altorf. 1680.

[l] cap. 49. X. de appell. (2. 28.) cap. 7. X. de rescript. (1. 3.). Ueber die Rechtskraft der Rescripte vergl. Berger Dec. n. 8. I. H. Boehmer consult. et dec. T. 3. P. 2. Dec. 11. Kind quaest. for. T. 1. cap. 16.

[m] L. 6. C. si contr. ius vel util. publ. (1. 22.). L. 3. 7. C. de precib. imper. offer. (1. 19.).

nis beweisen; in allen andern Fällen findet das umgekehrte statt [n]. 5) Ohne allgemeine Bekanntwerdung können Decrete, Rescripte und Interlocute nicht allgemein verpflichten. Ist aber jenes geschehen, so haben Decrete und Rescripte, welche eine authentische Interpretation enthalten, allgemein verbindende Kraft; Rescripte andrer Art hingegen, und Interlocute nur dann, wenn namentlich vorgeschrieben ist, daſs sie allgemein gelten sollen [o].

Sechster Abschnitt.

Ueber das Verhältniſs der Gesetze zu einander.

§. 35.

1) Collision subordinirter, und

Betrachtet man die Gesetze im Verhältniſs zu einander, so entsteht die Frage: wie der Vorrang derselben zu bestimmen ist? Die Beantwortung dieser Frage ist in folgenden Regeln enthalten: I) Gesetze, welche sich auf irgend eine Art in einander passen lassen, heben sich nicht auf, sondern beschränken sich nur [p]. II) Ist ein grader Widerstreit, so hebt das, seiner Sanction nach jüngere Recht das ältere auf. III) Die Einheimischen Deutschen Gesetze gehen den recipirten vor, und unter den einheimischen hat das mehr particulaire vor den mehr gemeinen den Vorrang [q]. IV) Das Kanonische Recht hat den Vorzug vor dem Römischen, wenn nicht erwiesen werden kann, daſs die Praxis das umgekehrte Verhältniſs

[n] Da der J. R. §. 80. alles auf die Willkühr des Richters stellt: so kann man hier nach allgemeinen Grundsätzen kein anderes Princip aufstellen. Abweichend ist die gemeine Theorie, welche man bey Boehmer I. E. P. L. 1. T. 3. §. 11. findet; wieder eine andre vertheidigt Hofacker princ. I. R. G. T. 1. §. 115. und noch eine andre C. O. Graebe D. de except. Sub- et Obreptionis earumque probat. Rint. 1788.

[o] L. 2. 3. C. de LL. (1. 14.) vergl. mit L. 12. C. eod. Die verschiedenen Meynungen andrer s. bey I. C. Koch de constit. principum. Ien. 1754. Emminghaus ad Cocceii I. C. L. 1. T. 4. qu. 1. not. w.

[p] L. 41. de poen. (48. 19.) L. 80. de R. I. (50. 17.).

[q] S. oben §. 13. 14.

bestimmt hat, oder dafs neuere Gesetze die Vorschriften des letzten anzunehmen nöthigen [r]. V) Widerstreiten sich einzelne Theile des Kanonischen Rechts, so hat der jüngere den Vorzug. VI) Wir haben das Justinianeische Recht als solches recipirt, und müssen nach Justinians Absicht das Verhältnifs der Theile desselben bestimmen. Die Novellen derogiren mithin allen übrigen Theilen, und unter ihnen geht die jüngste vor. Der Codex und die Institutionen gehen den Pandekten vor, aber derogiren ihnen eigentlich nicht, sondern zeigen nur durch ihre entgegenstehenden Bestimmungen an, was in den Pandekten historisch ist [s]; doch sind die Institutionen den Pandekten nachzusetzen, wenn sich zeigen läfst, dafs jene einen, nicht beabsichtigten Fehler enthalten [t]. Widerstreiten sich die einzelnen Theile der Institutionen, der Pandekten oder des Codex unter einander, so gibt es für den Juristen kein Princip, wonach der Vorrang eines derselben bestimmt werden könnte [u]. VII) Die Authentiken derogiren dem Codex, insofern sie mit ihrer Quelle übereinstimmen [x].

[r] H. Hildebrand de praevalentia iur. canon. prae iure civili in foro. Norimb. 1697. Floerke de praer. iur. Can. prae iure Iustin. Ien. 1722. Die ganz oder zum Theil entgegenstehenden Meynungen andrer lernt man kennen aus Coccei i I. C. Proleg. qu. 7. et Emminghaus in not. ibid. Bericht. u. Zus. zu den Inst. d. R. R. §. 14 fgg.

[s] So läfst sich die gemeine, von Höpfner Comment. §. 16. vorgetragene Theorie mit der entgegenstehenden Theorie des N. Giphanius tract. quaest. an C. abroget. P.? F. Gratian de conciliat. leg. et C. (beide in Berger Cod. Iustin. illustrationes Francf. et Lips. 1767. 4.) welche den Codex und die Pandekten absolut vereinigt wissen wollen vernünftig verbinden. Noch andre Ideen s. bey Walch controv. p. 6 — 9.

[t] Z. B. L. 7. §. 7. in fin. de acquir. rer. dom. (41. 1.) vergl. mit §. 25. I. de rer. divis. (2. 1.).

[u] Const. Tanta Circa de conf. Digest. §. 13. L. 3. §. 20. C. de vet. iur. en. (1. 17.) Nov. 158. praef. vergl. mit L. 12. §. 1. C. de LL. (1. 4.). Der Verf. der Bericht. und Zusätze zu den Inst. d. R. R. S. 8 — 14. zieht unbedingt das jüngste Fragment vor. Lächerlich ist es, wenn Boerius Dec. 115. die Fragmente aus responsis als maturiora, magis digesta atque expensa den ex commentariis vorgezogen, oder wenn Noodt prob. L. II. c. 2. jene, wegen des Verdachts einer Bestechung, diesen nachgesetzt wissen will.

[x] Denn nur Iustinians Gesetze, aber nicht die Arbeiter der Glossatoren sind recipirt. Walch controv. p. 9. 10. Brunquell hist. iur. p. 2. c. 10. §. 14. J. I. Scherz de authent. auctorib. et auctoritate. Argent. 1733. in C. F. Zepernick biga libellor. auth. illustr. Hal. 1788.

§. 36.

2) coordinirter Gesetze.

Collidiren VIII) Gesetze mit einander, welche sich nicht subordinirt, sondern coordinirt sind, so ist, in Gemäfsheit der Praxis[y], das Verhältnifs derselben nach folgenden Regeln zu bestimmen: 1) Ein Unterthan ist im Ganzen in Ansehung aller Rechtsverhältnisse den Gesetzen des fori, vor welchem er in der Regel belangt werden mufs, (den statutis personalibus) unterworfen [z], und mufs selbst auswärts danach gerichtet werden, wenn ihm nicht die persönlichen Statute ein, Auswärtigen lästiges Privilegium verliehen haben [a]. 2) Wenn von der Form des Processes, welcher Begriff aber nicht über den modus procedendi ausgedehnt werden darf [b], ferner von der Form und Gültigkeit eines Geschäfts, und den, daraus entspringenden Folgen, und endlich von der Strafbarkeit einer Handlung die Rede ist, so kommen die sogenannten statuta mixta zur Anwendung, d. h. die Gesetze, wo der Procefs zu führen, das Geschäft errichtet, oder das Verbrechen vollbracht ist [c]; doch ist ein auswärts, zwar nicht nach den statutis mixtis, wohl aber nach den statutis personalibus des Unterthanen errichtetes Geschäft im foro domicilii aufrecht zu erhalten, während ein, nach den statutis mixtis gültiges Geschäft im foro domicilii als ungültig zu behandeln ist, wenn es, um die einheimischen Gesetze zu chikaniren, auswärts errichtet ward, oder die auswärtigen Gesetze zu Handlungen berechtigen, welche der einheimischen Verfassung schlechthin widerstreiten [d].

[y] Huber und Voet in den Anhängen zu ihren Comm. in Tit. 3. Lib. 1. H. Hildebrand de obligatione forensium ex iure statutario. Norimb. 1698. I. N. Hert de collisione legum. (in op. Vol. 1. T. 1.). I. T. Segor de in leg. et decret. in territorio alieno. Lips. 1777.

[z] Hert Sect. 4. §. 8. 34.

[a] Man ist sich freilich in Betreff dieses Satzes nicht bestimmt einig. Vergl. Stryk de iur. privileg. extra territor. c. 3. n. 134. Hert l. c. §. 12. 14. 16. Riccius v. Stadtges. 18. Hptst. §. 6. Emminghaus ad Cocceii Tit. de iurisdict. qu. 23. not. L.

[b] Hert l. c. §. 65. 66. Riccius 15 Hptst. §. 16. 17. Andrer M. ist Weber nat. Verb. §. 95.

[c] L. 6. D. de evict. (21. 2.) cap. 6. X. de crim. falsi (5. 20.) cap. 8. de confirm. util. (2. 30.) Hert l. c. §. 10. 21. 53. 54. 57. 58. 59. Riccius 2. B. 15. 18. Hptst. Kleinschrodt Grundw. d. peinl. R. §. 122 fgg.

[d] Weber nat. Verb. §. 62.

3) Wenn die Gesetze des Orts, wo unbewegliche Güter, und was denselben gleich ist [e], belegen sind, über Sachen etwas bestimmen: so kommen diese (statuta realia) vor jenen beiden Arten der Statute zur Anwendung [f]. In Betreff beweglicher Sachen entscheiden die persönlichen Statute [g], sofern nicht die Statute des Orts, wo sie liegen, namentlich mit auf sie gerichtet sind [h].

Siebenter Abschnitt.

Ueber Dauer und Aufhebung der Gesetze.

§. 37.

Gesetze erlöschen nur durch Widerruf.

Ein Gesetz verliert durch sich selbst seine Gültigkeit nicht, wenn nicht die Zeit verflossen ist, und die Bedingungen weggefallen, auf und für welche es gegeben ward [i]; sondern es mufs durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt seine Kraft verlieren [k]. Durch einen solchen wird es aufgehoben, auch wenn es als ewigdauernd [l] sanctionirt, und in dem jüngeren Gesetz jene Clausel nicht namentlich erwähnt und aufgehoben ist [m].

[e] Leyser Sp. 26. m. 3. Pufendorf T. 3. Obs. 174. §. 7. fg.

[f] Hert l. c. §. 9. 13. 17. 22. 30. 38. 41. 44. 46. 47. 64. Hildebrand l. c. §. 19. 20. Riccius 16 Hptst. wichtige Gründe wider diese Theorie der Practiker in Betreff der Intestaterbfolge findet man in G. L. Menken D. de statutis civitat. provincialium in success. ab intestato ad bona etiam alibi sita secundum ius civile extendendis. Lips. 1741. §. 9. fgg. S. auch noch über stillschweigende Hypotheken A. F. Meifsner v. stillschw. Pfandrecht. Leipz. 1803. §. 23. 24. 25.

[g] Hofacker princ. iur. R. G. T. 1. §. 140.

[h] Riccius 17. Hptst. §. 1. 2. 8.

[i] L. 1. §. 43. de acqu. quotid. (43. 19.) L. 6. §. 14. de excusat. (27. 1.). Das blofse Wegfallen der Beweggründe gehört aber noch nicht dahin. §. 50.

[k] L. 27. C. de test. (6. 23.).

[l] z. B. L. 4. C. de SS. eccles. (1. 2.) L. 6. C. de sec. nupt. (5. 9.).

[m] I. N. Hert de lege clausula ne obrogar. possit munita §. 8. (op. V. 1. T. 3. n. 1.). Andrer M. ist wegen L. 14. pr. de legat. 1. (30.) L. 22. de legat. III. (32.) mit mehrern Bartolus in L. omnes populi D. de iust. et iur. col. 11. vers. quid dicemus.

§. 38.

Arten der Aufhebung.

Veränderungen eines Gesetzes können auf mehrfache Weise geschehen, und zwar durch gänzliche, oder theilweise Aufhebung. Das erste heifst abrogare, und kann sowohl durch bloſse Aufhebung, als Entgegensetzung einer widerstreitenden Bestimmung geschehen. Das letzte läſst sich denken durch theilweises bloſses Aufheben (derogare), oder durch einen Zusatz (subrogare), oder Aufhebung eines Theils durch Entgegensetzen eines andern (obrogare) [*n*].

§. 39.

Wirkung auf das ältere Recht.

Das neuere Recht hebt das ältere auf [*o*]. Da indeſs das letzte nur dadurch überwogen werden kann, wenn der Widerstreit des ersten völlig klar ist; so ist ein zweydeutiges neues Gesetz im Zweifel stets nur in dem Sinn zu befolgen, in welchem es am wenigsten vom bestehenden Rechte entfernt [*p*], auch ist ein neues, selbst unbeschränkt allgemeines Gesetz so zu behandeln, als ob es nur die entgegenstehende Regel des älteren Rechts, nicht aber die von derselben gemachten Ausnahmen habe aufheben wollen [*q*], wenn nicht diese Ausnahmen ausdrücklich oder implicite, z. B. durch Billigung nur einer einzigen der ältern Ausnahmen [*r*], mit aufgehoben sind. Mit Aufhebung der älteren Regel fallen aber natürlich von selbst alle Folgesätze derselben [*s*].

[*n*] Ulpiani Fragm. T. 1. §. 3.

[*o*] L. 4. de const. princ. (1. 4.).

[*p*] L. 35. C. de inoff. testam. (3. 28.).

[*q*] L. 26. 27. 28. de LL. (1. 3.) L. 80. de R. I. (50. 17.) L. 41. de poen. (48. 19.) L. 3. C. de silentar. et decur. (12. 16.) cap. 1. de constit. in 6. (1. 2.). I. F. Ludovici an species deroget generi. Hal. 1741. F. T. Seydlitz (praes. Stockmann) de vi legum prior. in posterior. Lips. 1803. Andre Ideen hat zum Theil Gönner jur. Abh. 1. B. n. 7. Allein vergl. z. B. L. 26. §. 1. C. de usur. (4. 32.) mit L. 2. 3. C. de usur. rei iudic. (7. 54.) L. 4. C. de aedific. privat. (8. 10.) Nov. 158. praef.

[*r*] z. B. L. 23. pr. C. ad SCt. Velleian. (4. 29.) Nov. 134. c. 8. Wird bloſs eine Regel aufgestellt, und derselben eine neue Ausnahme beygefügt, so liegt darin offenbar keine Aufhebung der ältern Singularien.

[*s*] Meine Vers. 1. B. S. 232—258.

§. 40.

Aufhebung der Privilegien.

Auch von Privilegien gelten im Ganzen alle jene Grundsätze [t]. In Rücksicht vortheilhafter Privilegien treten indeſs die besondern Bestimmungen ein, daſs sie, wie unten weiter zu entwickeln ist, durch Verjährung verloren gehen, und wenn sie erworbenen Rechten andrer, also auch älteren Privilegien widerstreiten, im Zweifel als erschlichen zu behandeln sind [u]. Widerruft der Regent ein Privilegium, so ist ihm dieſs unbedingt erlaubt, wenn es precario, oder ad beneplacitum verliehen war [x], oder wenn der Privilegirte sich eines Miſsbrauchs desselben zu Schulden kommen lieſs [y], doch verlangt man einen groben Miſsbrauch, und eine vorgängige Verwarnung [z]. In andern Fällen sollte es der Regent, und zwar gegen Entschädigung, nur des öffentlichen Wohls wegen widerrufen [a]; allein da, wo er unter keinem höheren Zwange steht, kann dieses Princip keinen praktischen Nutzen haben. Durch den Tod des Concedenten erlischt es im Zweifel nicht [b], wohl aber durch Entsagung des Privilegirten, so weit es ihn interessirt [c], wenn ihm die Entsagung nicht verboten ist, wohin die Regel gehört, daſs das Mitglied eines Standes der, diesem Stande verliehenen Vorrechte sich nicht begeben kann [d].

[t] Ueberh. I. A. Frommann de revocatione privil. licita. Tub. 1705. I. G. F. Wasmuth de privilegior. natura. Goett. 1787. cap. 2. Quistorp kl. jur. Schrift. 1. Samml. S. 99. fgg.

[u] L. 7. C. de precib. imp. offer. (1. 19.) L. 4. C. de emancip. (8. 49.) cap. 1. de constit. in 6. (1. 2.).

[x] Wasmuth l. c. §. 23. 24.

[y] can. 7. D. 74. cap. 11. 24. X. de privileg. (5. 33.).

[z] arg. c. 43. X. de rescript. (1. 3.) arg. II. Feud. 27. §. 17. Stryk de iure privilegiat. contra privil. §. 53. Idem de abusu iur. quaesiti. cap. 4.

[a] Struben 2. B. 80. Bed. Müller ad Leyser Obs. 43. Hommel Rhaps. Obs. 469. Ueber Kaiserliche Privilegien s. Gerstlacher corp. iur. german. 4. B. 9. Cap.

[b] Wasmuth l. c. §. 29. fgg.

[c] L. 29. C. de pact. (2. 13.) cap. 6. X. de privil. (5. 33.). Wasmuth l. c. §. 24.

[d] Cap. 12. X. de foro comp. (2. 2.).

Zweyter Theil.

Ueber den Zweck der Gesetze.

§. 41.

Einleitung. Der Zweck der Gesetze ist: Anwendung derselben auf die, dadurch bestimmten Fälle. Hiezu gehören nicht allein Kenntnifs des Sinns der Gesetze, und der, Rechte und Verbindlichkeiten begründenden Geschäfte, sondern auch mannigfaltige Geschicklichkeiten und Fertigkeiten, welche den Gegenstand des sogenannten practischen Unterrichts ausmachen. Mit Uebergehung dessen, was dem letzten angehört, sind hier nur die Grundsätze der Auslegung der Gesetze und rechtlicher Geschäfte aufzustellen.

§. 42.

I) Auslegung der Gesetze. Eintheilungen.

Wenn man das, was als Vorschrift eines Gesetzes zu betrachten ist (den Sinn des Gesetzes) bestimmt angibt, so heifst diefs Auslegung eines Gesetzes (interpretatio iuris), und ein System solcher Regeln juristische Auslegungskunst (hermeneutica iuris) [a]. Geschieht die Auslegung durch die gesetzgebende Gewalt, so heifst sie legalis; im entgegengesetzten Fall nennt man sie doctrinalis. Die erste ist wieder authentica oder usualis, je nachdem sie der Quelle des geschriebenen oder ungeschriebenen Rechts ihren Ursprung verdankt. Die Gültigkeit derselben hängt an sich nicht von ihrer Uebereinstimmung mit Auslegungs-Regeln, sondern nur von den Grenzen der gesetzgebenden Gewalt des Urhebers derselben ab. Nur für die doctrinelle Auslegung bedarf es folgender Grundsätze.

[a] V. Forster de iuris interpr. (Otto Thes. T. II.). V. Placcius de iurecons. perfecto. Holm. et Hamb. 1693. 4. F. Rapolla de iureconsulto, s. de rat. discend. interpr. iur. civ. Neap. 1726. 8. auch Deutsch mit Noten v. Griesinger. Stuttg. 1792. 8. C. H. Eckhard hermen. iur. cum not. C. F. Walch. Lips. 1779. 8. und jetzt ex ed. C. W. Walch. Lips. 1802. 8. J. G. Sammet Hermeneutik des Rechts, herausg. v. F. G. Born. Leipz. 1801. 8. Ueber die allgemeinen Begriffe und die Arten der Auslegung, vergl. auch: Zusätze und Bericht. zu den Inst. des R. R. S. 171 - 190. G. S. Teucher de natura et formis interpr. et hermeneutices civilis observ. Spec. 1. et 2. Lips. 1804.

§. 43.

Fortsetzung.

Man muſs bey jedem Gesetz, das, was nach dem Sprachgebrauch durch die Worte desselben bezeichnet wird, (den Wortverstand), das was der Urheber des Gesetzes wirklich sagen wollte (Absicht des Gesetzgebers), und das Resultat, welches ein consequenter Schluſs aus dem Grunde des Gesetzes ergibt, wohl von einander unterscheiden. Folgt man bey der Auslegung eines Gesetzes dem Sprachgebrauch, so wird dieſs die grammatische Auslegung genannt. Nimt man hingegen, wie es dem Juristen zur Pflicht gemacht ist [b], auf den Geist der Gesetze, d. h. auf die Absicht des Gesetzgebers und den Grund des Gesetzes Rücksicht, so heiſst dieſs logische Auslegung [c].

§. 44.

Billigkeit.

Der Ausleger muſs zunächst auf die Worte sehen, und nur dann sich der logischen Auslegung bedienen, wenn sich die Gründe derselben streng erweisen lassen [d]. Vermag er weder den Wortverstand, noch den Geist der Gesetze aufzufinden, so muſs er eine authentische Interpretation nachsuchen [e]. Ist hingegen eine doctrinale Auslegung möglich, so muſs er streng bey dem Resultat derselben bleiben, und darf von diesem nicht abgehen, auch wenn naturrechtliche und moralische Ideen, welche man schwankend unter dem Ausdruck aequitas [f], oder Billigkeit zu befassen pflegt, ein anderes Resultat erheischen sollten [g].

[b] L. 29. 30. de LL. (1. 3.) L. 13. §. 2. de excusat. (27. 1.) L. 6. §. 1. de V. S. (50. 16.).

[c] Meine Versuche 2. B. 9. Abh. Abweichend zum Theil ist Teucher l. c. Spec. 1. p. 16 — 24.

[d] L. 12. de LL. (1. 3.) Meine Theorie d. log. Ausl. §. 9.

[e] L. 1. 9. 11. C. de LL. (1. 14.) Woltaer Obs. Fasc. 1. n. 1. Meine Theorie §. 19

[f] L. 1. de minor. (4. 4.) L. 19. pr. de captivis (49. 15.) L. 60. de R. J. (50. 17.) Ueber die verschiedenen Begriffe der Billigkeit: Kleins Annalen 1. B. S. 357 — 390. C. H. Jordan über die Billigkeit bey Entscheidung der Rechtsfälle. Götting. 1804. S. 23 – 54.

[g] L. 12. §. 1. qui et a quib. manum. (40. 9.) L. 19. de appell. (49. 1.). L. 1. C. de LL. (1. 14.) Auth. Jubemus C. de iudic. (3. 1.) Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 2. Hartleben med. sp. 4. m. 9. Müller ad Leyser Obs. 5. 6. Ueber die abweichenden Ideen: Jordan a. a. O. S. 54. fgg.

§. 45.

1) grammatische. Die grammatische Auslegung mufs sich bemühen, aus dem Redegebrauch die Wortbedeutungen zu erforschen [*h*], und zu erfahren, ob ein Wort nur Eine, oder mehrere Bedeutungen hat. Ist das letzte der Fall, so kann 1) in Rücksicht des Ursprungs die eine durch den gemeinen, oder den besondern Redegebrauch einer bestimmten Classe eingeführt seyn. In jenem Fall heifst sie eine gemeine (significatio vulgaris); in diesem eine besondere (s. particularis). Betrachtet man sie 2) in Rücksicht jener Gültigkeit, so ist die eine entweder die gewöhnliche, eigentliche (s. propria), und die andre die ungewöhnliche, uneigentliche (s. impropria), oder die mehreren Bedeutungen sind gleich gewöhnlich (ambiguitas, verbum aequivocum). Endlich kann 3) in Rücksicht des Umfangs die eine weitumfassender als die andre seyn. Jene nennt man dann die allgemeine, oder weite (s. generalis vel lata), diese die beschränkte, oder enge (s. specialis s. stricta).

§. 46.

Fortsetzung. Bleibt man als grammatischer Ausleger bey dem reinen Wortverstande eines unzweydeutigen Gesetzes stehen, so heifst diefs die wörtliche oder buchstäbliche Auslegung (interpretatio verbalis). Nimt man bey der wörtlichen Auslegung eines zweydeutigen Gesetzes den weiteren oder engeren Wortverstand an: so nennt man jenes jetzt gewöhnlich die weite (interpr. lata), dieses die strenge Auslegung (interpr. stricta); doch bezeichnet man durch die letzte auch überhaupt die wörtliche Auslegung zweydeutiger oder unzweydeutiger Gesetze im Gegensatz der logischen Ausdehnung [*i*].

§. 47.

Fortsetzung. Unter mehreren gegebenen Bedeutungen mufs der grammatische Ausleger im Zweifel die gemeine gewöhnliche allen übrigen vorziehen [*k*],

[*h*] I. H. Boehmer de interpr. grammat. fat. et usu in iure Rom. (in Exerc. T. II. auch als Vorrede zu Brissonius de V. S.).

[*i*] Teucher l. c. pag. 25 — 34.

[*k*] L. 69. de leg. III. (32.) L. 1. pr. vergl. mit L. 7. §. 3.

wenn nicht ein besonderer Redegebrauch der gesetzgebenden Gewalt erweislich gemacht werden kann [*l*]. Wechseln Wortbedeutungen in der Zeit, so hat die, zur Zeit der Abfassung des Gesetzes gebräuchlich gewesene vor den übrigen den Vorzug [*m*]. Wahrhaft zweydeutige Gesetze kann der grammatische Ausleger nur durch Aufdeckung des Doppelsinnes interpretiren; die Wahl unter den mehreren Bedeutungen bleibt dem logischen Ausleger überlassen [*n*]. Auch Privilegia stehen unter diesen Regeln. Es ist also auch bey ihnen die grammatische Auslegung im Zweifel anzuwenden, wenn nicht der Regent selbst die authentische vorzieht [*o*]. Uebrigens mufs vom Gesetzgeber stets Richtigkeit des Ausdrucks bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet, also auch im Zweifel alles, was implicite in den Worten liegt (argumentum a contrario), als Vorschrift des Gesetzes betrachtet werden [*p*].

§. 48.

2) logische. Eintheilung.

Die logische Auslegung [*q*] kann in ihren Resultaten mit dem Wortverstande im Widerstreit stehen, oder nicht. Im letzten Fall kann sie mit klaren Worten übereinstimmen, oder Zweydeutigkeiten bestimmen. Das letzte Verfahren nannten die Alten interpretatio declarativa. Im ersten Fall kann das logische Resultat entweder ganz vom grammatischen Wortverstande abweichen, oder denselben nur ändern. Geschieht das letzte, so wird das Gesetz entweder auf mehr Fälle ausgedehnt, oder auf weniger beschränkt. Jenes nennt man die ausdehnende Erklärung (int. extensiva), dieses die einschränken-

ad SCt. Maced. (14. 6.) Rapolla l. c. p. 132 — 137.

[*l*] L. 1. L. 52. de V. S. (50. 16.) vergl. mit L. 3. §. 1. de negot. gest. (3. 5.).

[*m*] Boehmer l. c. §. 9. not. q.

[*n*] Forster l. c. L. II. c. 2. pr. nr. 3. 4.

[*o*] Dem widerstreitet nicht L. 43. pr. de vulg. et pup. subst. (28. 6.) Wasmuth de natur. privil. c. 1. §. 13. I. S. Pütter de iure et offic. iudic. circa interpr. priv. Idem de iure et offic. summ. imp. tribun. circa interpr. priv. (op. n. 5. 6.) Dessen Rechtsf. I. B. P. 2. Resp. 25.

[*p*] Meine Vers. 1. B. S. 336 — 341.

[*q*] Donelli comment. L. 1. c. 13. 14. Franzke comm. ad P. L. 1. T. 3. Meine Theorie der log. Ausl. Altona 1799. 8.

de (restrictiva) [r]. Die ausdehnende, einschränkende und declarative Auslegung erschöpfen also nicht alle denkbaren Arten der logischen Interpretation; aber es bedarf nur einer Entwicklung der, in Betreff jener drey Arten geltenden Grundsätze, weil diese durch Beurtheilung leicht auf alle andere angewandt werden können.

§. 49.

A) Ausdehnende. Was 1) die ausdehnende Erklärung betrifft, so ist es, A) sofern man von dem Grunde des Gesetzes schliefst, eine Hauptregel: wenn in einem übergangenen Fall derselbe Grund eintrit, warum in einem andern Fall etwas gesetzlich entschieden ist: so gilt diese Entscheidung auch in Ansehung des übergangenen Falls [s], selbst wenn das Gesetz ein Gewohnheitsrecht ist [t]. Auch Strafgesetze, und correctorische Vorschriften, so weit bey Ausdehnung der letzten nicht das ungeändert gelassene positive Recht aufgehoben werden soll, sind auf diese Art ausdehnend zu erklären [u], aber nicht privilegia und iura singularia [x], und alle Gesetze, deren Ausdehnung untersagt ist [y]. Nimt man dagegen B) auf die Absicht des Gesetzgebers Rücksicht, so ist jedes Gesetz in Gemäfsheit derselben auszudehnen [z]. Uebrigens pflegt man die ausdehnende Erklärung nach dem Grunde des Gesetzes Analogie zu nennen [a].

[r] B. Caepolla de interpr. leg. extensiva. Venet. 1657. P. F. Romanus de interpr. leg. restrictiva. Lips. 1672.

[s] L. 12. 13. de LL. (1. 3.) Meine Theorie §. 12. A. M. sind. Franzke l. c. n. 40 — 68. Hofacker princ. iur. R. G. §. 156.

[t] Glücks Comm. §. 87. a. E. Dem widerstreitet auch nicht L. 39. de LL. (1. 3.) Beytr. u. Bericht. zu den Inst. des R. R. S. 165 — 167.

[u] L. 2. §. 29. ad SCt. Tert. (38. 17.) L. 3. de L. Pomp. de paricid. (48. 9.) L. 7. §. 3. ad L. Iul. Maiest. (48. 4.). Ueber die verschiedenen Ideen s. A. C. Jordan de propr. leg. poen. interpretandi principiis. Goett. 1799. Meine Theorie §. 14. n. 3. Franzke l. c. n. 40 — 70. Feuerbach Revision 2. B. S. 17. fgg.

[x] L. 14. de LL. (1. 3.) L. 141. L. 162. de R. I. (50. 17.) Meine Theorie §. 14. Das Gegentheil behauptet I. C. Conradi ad Iul. Paul. ex libro singulari de iure singulari reliqua. Fragm. I. §. 9 — 12.

[y] Meine Theorie §. 13. Meine Vers. 1. B. S. 325 330.

[z] Meine Theorie §. 11.

[a] A. D. Schwarz de recto et legit. usu decid. cas. sec. analog. Erf. 1751. Nettelbladt de eod. arg. Hal. 1751. Meine Theorie §. 20.

§. 50.

B) Einschränkende.

2) In Betreff der einschränkenden Erklärung ist die gemeine Regel: cessante ratione legis, cessat lex ipsa, ganz falsch. Fällt in der Folge auch der ganze Grund des Gesetzes weg, so bleibt es dennoch gültig [*b*], und eben so ist es bloſs deswegen nicht einzuschränken, weil etwa der Grund desselben ausnahmsweise nicht auf einzelne Fälle paſst [*c*]. Nur dann ist die logische Beschränkung eines Gesetzes erlaubt, wenn man zeigen kann, daſs die Absicht des Gesetzgebers nicht dahin ging, seine Verordnung mit für diesen Fall zu erlassen [*d*].

§. 51.

C) Declarative.

Was endlich 3) die declarative Auslegung betrifft: so muſs man A) zunächst den Grund des Gesetzes und die specielle Absicht des Gesetzgebers zu erforschen suchen, und dann das, sich hieraus ergebende Resultat allen andern vorziehen. Ist B) von dieser Seite nichts zu entscheiden, so haben wir die Vorschriften, es sey allgemeine Absicht des Gesetzgebers, a) daſs zuvörderst die, der Natur der Sache gemäſseste Wortbedeutung vorgezogen werde [*e*]; hiernächst b) bey correctorischen Gesetzen und Privilegien die engere, d. h. die, vom bestehenden Recht am wenigsten entfernende Bedeutung [*f*]; doch muſs man bestimmt allgemeine Privilegien im vollen Wortverstande nehmen [*g*]; endlich c) daſs der Richter im Abgang aller andern Grundsätze die billigste, mildeste Wortbedeutung den übrigen vorziehe [*h*].

[*b*] Struben 2. B. 144. Bed. Meine Theorie §. 15.

[*c*] L. 4. 5. 6. 8. de LL. (1. 3.) Averan interpr. L. 5. c. 10. Voorda int. L. 1. c. 1. Weber über die nat. Verb. §. 64.

[*d*] L. 6. §. 2. de iure patron. (37. 14.).

[*e*] L. 67. de R. I. (50. 17.).

[*f*] L. 35. C. de inoffic. test. (3. 28.). I. H. Boehmer de finib. privil. regund. c. 2. §. 9. (Exerc. T. II.) Pütter in den §. 47. not. o. cit. Abh. A. M. sind in Rücksicht der, dem Regenten schädlichen Auslegung Stryk de interpret. priv. c. 4. Leyser Sp. 10. m. 3. Schwankend ist Wasmuth de natur. privil. c. 1. §. 13.

[*g*] L. 3. de const. princ. (1. 4.).

[*h*] L. 42. de poen. (48. 19.) L. 56. L. 90. L. 155. §. 2. de R. I. (50. 17.). A. F. Rivinus de benigna ICtor. interpret. Viteb. 1752.

§. 52.

3) Ueber Critik.

Bey der besondern Beschaffenheit des Römischen Rechts entsteht noch die wichtige Frage: inwiefern der Jurist sich selbst durch Critik einen gesetzlichen Text bilden kann? Alles beruht hier auf den zwey Grundsätzen: 1) der Richter darf ohne authentische Interpretation nicht weiter verfahren, wenn Auslegungs-Regeln ihn verlassen [*i*], und 2) wir haben in keinem Manuscript einen einzelnen gesetzlich sanctionirten Original-Text, sondern in den verschiedenen Manuscripten das Römische Recht recipirt. Daraus folgt denn, a) daſs es vollkommen erlaubt ist, aus Varianten der Manuscripte die bessere zu wählen, und b) durch richtige Auslegung der Manuscripte die Fehler der gedruckten Ausgaben zu verbessern. Ist aber c) der Text der Manuscripte gewiſs, so ist eine Aenderung nur dann erlaubt, wenn alle Bedingungen der logischen Auslegung vorhanden sind [*k*].

§. 53.

II) Auslegung rechtlicher Geschäfte.

Für die Lehre von der Auslegung rechtlicher Geschäfte [*l*] enthält das Römische Recht eine beynahe unendliche Menge von Interpretations-Regeln. Fast alle Gesetze über die einzelnen Verträge, Servituten und Legate verdienen nur diesen Namen. Für den allgemeinen Theil können hier jedoch nur folgende Hauptgrundsätze aufgestellt werden: I) zunächst ist nach den obigen Regeln der grammatischen Gesetzauslegung auf den Wortverstand zu sehen, und die, am Ort des errichteten Geschäfts gewöhnliche Bedeutung anzunehmen [*m*]. Un-

[*i*] S. oben §. 44.

[*k*] Unter dieser Einschränkung folge ich noch jetzt Meinen Vers. 1. B. n. 16. Ueber die Ideen andrer: I. I. Schwarz Crat. de finibus critices in libris vet. iurisprud. regundis. Groen. 1752. I. L. Conradi vitiorum criticorum climax. adversus Ranchinum. Lips. 1762. S. Reichel de emendat. leg. caute suscip. Lips. 1765. R. C. Henne de usu et abusu artis critic. in iurispr. Erf. 1773. Feuerbach Civ. Vers. 1. B. 3. Abh.

[*l*] Mantica de tacit. et ambig. convent. Averan interpr. L. II. c. 30. L. III. c. 16 — 30. L. IV. c. 1. 2. 3. 9 — 17. L. V. c. 1. 2. 5 — 12. C. F. Alef de eo quod aequ. est in dubiis convent. (in d. acad. n. 8.). C. F. Boeschen de paotor. ambiguor. interpr. Lips. 1775.

[*m*] L. 69. de leg. III. (32.) L. 34. de R. I. (50. 17.).

bedingt allgemeine Worte sind ganz in diesem Umfange auszulegen [n], und kein Wort ist als überflüssig zu behandeln [o], gesetzt das ganze Geschäft sollte auch durch richtige Auslegung zu Grunde gehen [p]. Sind aber Unbestimmtheiten und Zweydeutigkeiten vorhanden, so ist a) der Sinn anzunehmen, wodurch das Geschäft aufrecht [q], oder b) wodurch das, der Natur des Geschäfts angemessenste Resultat erhalten wird [r]. Zuletzt ist c) der Sinn vorzuziehen, welcher dem Verlierenden am wenigsten nachtheilig ist [s]. In Rücksicht der Brautgabe gilt aber die umgekehrte Regel [t].

§. 54.

Fortsetzung.

Die Worte entscheiden zwar unmittelbar, kann indeſs II) eine entgegenstehende Absicht erwiesen werden, so ist das Resultat derselben vorzuziehen. Man unterscheide inzwischen: 1) bey zweyseitigen Geschäften wird, bey klaren Worten, auf die Absicht des Einen Theils nicht gesehen [u]. Stimmt die Absicht beider zusammen, so geht diese selbst den klarsten Worten vor [x]. Die Einleitungen zu Geschäften sind in der Regel das sicherste Mittel, die Absicht der Contrahenten zu entdecken [y]. Ist 2) das Geschäft einseitig, so entscheidet die Absicht des Redenden, und zwar, wenn seine Rede zweydeutig war, bloſs nach

[n] L. 31. de evict. (21. 2.) L. 23. de S. P. U. (8. 2.).

[o] L. 26. §. 2. de pact. dotal. (23. 4.).

[p] L. 9. §. 6. de R. C. (12.1.)

[q] L. 22. pr. de usu (7. 8.) L. 41. L. 80. de V. O. (45. 1.).

[r] L. 9. de servit. (8. 1.) L. 43. pr. de damn. inf. (39. 2.).

[s] L. 39. de pact. (2. 14.) L. 21. 33. 34. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 38. §. 18. L. 99. pr. de V. O. (45. 1.) L. 172. de R. I. (50. 17.). I. H. Boehmer de interpr. fac. advers. eum qui clarius loqui debuisset (Exerc. T. II.). Schierschmid D. de eod. arg. Erl. 1766. S. I. Kapf D. sistens quaest. quis sit qui in conv. ambig. clar. loqui debuisset? Tub. 1792. A. M. sind Cuiac. Obs. L. 1. c. 10. Averan interpret. L. 2. c. 2. Pufendorf T. 1. Obs. 132. §. 8. Boeschen l. c. §. 10 — 13.

[t] L. 85 pr. de R. I. (50. 17.) Boeschen l. c. §. 12.

[u] L. 99. pr. de V. O. (45.1.).

[x] L. 219. de V. S. (50. 16.).

[y] L. 134. §. 1. de V. O. (45. 1.) Mantica l. c. cap. 4. Tit. 9. S. Stryk de iure praefationum cap. 2. §. 4. fgg. I. H. Boehmer consult. et dec. T. 2. P. 1. Resp. 68. n. 24. R. 318. n. 8. R. 560. n. 11. R. 564. n. 6. R. 642. n. 5. T. 2. P. 2. R. 914. n. 11. T. 3. P. 1. R. 177. n. 15.

vorgängiger Erklärung desselben [z]. Ist ein Geschäft (wie z. B. ein Testament) von der Art, dafs es nicht ohne Willen, aber nicht durch stillschweigenden Willen errichtet werden kann: so bewirkt die erwiesene, den Worten widerstreitende Absicht blofs die Vernichtung des Wortinhalts, nicht aber das Setzen einer neuen Vorschrift, welche nicht in den Worten liegt [a]. Kann man auf keine der bisher angegebenen Arten ein festes Resultat erhalten, so ist das Geschäft nichtig [b].

Dritter Theil.

Ueber das Product der Gesetze.

Erster Abschnitt.

Ueber Rechte und Verbindlichkeiten an sich betrachtet.

Erste Abtheilung.

Ueber Rechte.

§. 55.

Einleitung. Das Product, oder der Gegenstand der Gesetze sind Rechte und Verbindlichkeiten. Bey beiden mufs man das Recht und die Verbindlichkeit selbst, oder die Möglichkeit und Nothwendigkeit, das Subject derselben, oder dasjenige, dem etwas möglich oder nothwendig ist, das Object, oder dasjenige, was möglich oder nothwendig ist, und endlich den Grund derselben, oder dasjenige, was ihnen ihre Existenz gibt und erhält, unterscheiden. Es bedarf

[z] L. 66. de iudic. (5. 1.) L. 52. pr. L. 83. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 96. de R. I. (50. 17.) I. G. Siegel de testatore suae volunt. interpr. Lips. 1737.

[a] L. 9. pr. de hered. inst. (28. 5.) L. 7. §. 2. de supellect. legat. (33. 10.).

[b] L. 10. pr. de reb. dub. (34. 5.) L. 73. §. de R. I. (50. 17.)

mannigfaltiger juristischer Erörterungen, um die Natur derselben genau zu entwickeln.

§. 56.

Ein Recht erzeugt 1) Freyheit zu handeln.

Aus dem Begriff eines Rechts, als einer, durch die Gesetze begründeten Möglichkeit des Zwanges folgt, 1) daſs alles erlaubt ist, was bey Ausübung des Rechts geschieht, selbst wenn es einem andern schädlich seyn sollte [a]. Werden jedoch erlaubte Handlungen vorgenommen, um die Gesetze dadurch arglistig zu umgehen [b], oder bloſs in der arglistigen Absicht, einen andern zu necken [c]: so sind sie den verbotenen Handlungen gleichzusetzen.

§. 57.

2) Möglichkeit des Zwanges.

2) Jedes Recht führt als solches die Möglichkeit des Zwanges mit sich, entweder um den Verpflichteten zu positiven Handlungen an-, oder ihn davon abzuhalten. Ohne einen solchen Zwang ist kein Zwangsrecht denkbar, wenn auch derselbe nicht grade nothwendig gegen Mitunterthanen ausgeübt zu werden braucht [d]. In der Regel kann dieser Zwang im Staate nur durch richterliche Hülfe ausgeübt werden, und zwar entweder so, daſs man zuerst eine Auffoderung an den Richter ergehen läſst, damit derselbe den Verpflichteten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit anhalte, (Klage), oder so, daſs man die Klage des andern abwartet, und derselben, um ihr auszuweichen, sein Recht entgegensetzt (Einrede). In der Regel hat, wegen der mancherley Begünstigungen des Beklagten, die Rechtsverfolgung durch Einreden den mehrsten Vortheil [e].

[a] L. 151. L. 155. §. 1. de R. I. (50. 17.).

[b] L. 3. §. 3. ad SCt. Macedon. (14. 6.). P. Müller de his quae in fraud. leg. fiunt. Ien. 1689. G. P. Olearius de malitiosa iuris interpret. Lips. 1720.

[c] arg. L. 38. de R. V. (6. 1.) L. 3. de oper. publ. (50. 10.) Carpzov Decis. n. 104. Gail L. 2. Obs. 69. Pufendorf T. 4. Obs. 263. A. M. ist C. Thomasius non-ens actionis forensis contra aedificantem ex aemulatione (Diss. T. 2. n. 61.) G. Schulz de actione contra aedificantem ex aemulatione. Regim. 1712.

[d] Dieſs gegen Müller ad Leyser Obs. 44. inwiefern er negativen Privilegien kein Zwangsrecht beylegt.

[e] Webers Beytr. z. d. Kl. u. Einr. 1. S. N. 1.

§. 58.

Arten des Zwanges. A) Selbsthülfe.

Wer sich durch Eigenmacht Recht zu verschaffen sucht, kann sich dabey entweder angreifend, oder abwehrend verhalten. Jenes nennt man Selbsthülfe, dieses Selbstvertheidigung. Die erste ist, wenn man richterliche Hülfe erhalten kann [*f*], in der Regel, sofern die Staatsgewalt oder privatrechtliche Dispositionen, (welche letzte aber kein Recht zu persönlichen Gewaltthätigkeiten begründen können) nicht das Gegentheil gestatten [*g*], verboten [*h*], und wird nach Römischem Recht (Decreto D. Marci) dadurch zum Vortheil des Angegriffenen, sofern er es verlangt [*i*], gestraft, daſs bey wirklich gegründeten Foderungen der Angreifende sein ganzes Recht verliert, bey ungegründeten hingegen das Abgepreſste und dessen Werth restituirt werden muſs [*k*]. Diese Strafen finden auch noch jetzt statt [*l*].

§. 59.

B) Selbstvertheidigung.

Die Selbstvertheidigung ist dagegen einem jeden unbedingt erlaubt [*m*], nicht allein zur Schützung seiner Person [*n*], sondern auch zur Schützung aller Sachen, in deren Besitz er sich wirklich befindet [*o*], sofern nur dabey nicht mehr Gewalt angewandt wird, als zur Abwendung der eigen-

[*f*] L. 10. §. 16. quae in fraud. cred. (42. 8.).

[*g*] L. 3. C. de pignor. (8. 14.). Pufendorf T. 2. Obs. 62. Struben 2. B. 32. Bed. 3. B. 57. Bed.

[*h*] Claproth ord. Proc. §. 2. 3. 4. 5. Die Geschichte dieser Lehre in C. F. Walch disquis. hist. iur. civ. de vindict. privat. Ien. 1768. (op. T. 1.).

[*i*] G. Suevus de edicto D. Marci. Viteb. 1701. §. 23.

[*k*] L. 7. L. 10. C. unde vi (8. 4.) L. 13. quod met. c. (4. 2.) L. 7. ad L. Iul. de vi (48. 7.) Nov. 60. c. 1. I. H. Boehmer de poena ius sibi dicent. sine iudice. Hal. 1725. c. 1. Müller ad Leyser Obs. 839.

[*l*] R. G. O. v. 1521. Tit. 32. §. 2. R. A. v. 1532. Tit. 2. §. 15. E. L. A. Eisenhard de poena legib. Rom. advers. vindict. privat. sancita in foro adhuc valida. Helmst. 1787. Boehmer l. c. cap. 2. A. M. ist Claproth a. a. O. §. 3.

[*m*] G. A. Struven D. Autodicen, die Selbsthülfe, continens. Ien. 1719. Hellfeld de violenta rer. nostrar. defensione (op. n. 21.).

[*n*] L. 1. L. 4. C. de L. Corn. de sicar. (9. 16.) L. 4. L. 5. pr. L. 45. §. 4. L. 52. §. 1. ad L. Aquil. (9. 2.).

[*o*] S. unten die Lehre vom Besitz.

mächtigen Störung nöthig ist (moderamen inculpatae tutelae) [p].

§. 60.

C) durch Klagen. Arten. In rem, in personam.

Diese Ausnahmen abgerechnet, bleibt es bey der vorhin (§. 57.) angegebenen Regel. In Rücksicht dieser ist es denn besonders wichtig, hier die vorzüglichsten Arten der Klagen [q] anzugeben, unter denen zuerst die dinglichen (actiones in rem, vindicationes), und die persönlichen (in personam) genannt zu werden verdienen. Unter den ersten sind alle Klagen zu begreifen, welche ihrer Natur nach in der Regel [r] von dem Berechtigten schlechthin wegen seines Rechts, d. h. ohne Rücksicht auf besondere Verpflichtungsgründe des Beklagten, gegen jeden, welcher ihm das Recht, ganz, oder in seinen Theilen, streitig macht, auf Zuerkennung des Rechts, angestellt werden können. Persönliche hingegen sind die, welche besondere Verpflichtungsgründe dieses Beklagten voraussetzen [s]. Beides zugleich kann eine Klage nicht seyn, wohl aber läfst es sich denken, dafs neben einer dinglichen Klage noch eine persönliche Klage, ohne diese besonders zu benennen, angestellt wird. Dann nennt man jene eine vermischte (mixta) [t]. Im allgemeinen heifsen alle persönlichen Klagen auch condictiones [u]; doch werden im engsten Sinn nur die persönlichen Klagen unter diesem Ausdruck begriffen, wodurch der Kläger die Herausgabe einer ihm nicht eigenthümlichen Sache fodert [x]. Bey

[p] L. 1. C. unde vi (8. 4.). S. L. E. Püttmann de moderamine inculpatae tutelae. Lips. 1783.

[q] Als Hauptwerk, worin (§. 7. 8.) auch die Literatur zu finden ist, s. J. C. Schmidt Lehrb. v. den Klag. u. Einred. mit Zusätzen von A. D. Weber. 6. Ausg. Jena 1803.

[r] G. E. Oelze de act. reali advers. quemcunque possessor. non competente. Jen. 1769.

[s] §. 1. 13. 15. I. de act. (4. 6.) L. 25. pr. de O. et A. (44. 7.) Meine Versuche 2. B. n. 2. In vieler Rücksicht abweichend ist Feuerbach civilist. Vers. 1. B. 8. Abh.

[t] §. 20. I. de act. (4. 6.) Ueber die Streitfrage, ob es vermischte Klagen gebe, vergl. Emminghaus ad Coccejii ius contr. L. 10. T. 1. qu. 1. Bericht. u. Zusätze zu den Inst. des R. R. S. 121. fgg.

[u] L. 25. pr. de O. et A. (44. 7.).

[x] §. 15. I. de act. (4. 6.) Pandect. L. 12. Tit. 1. 4. 5. 6. 7. vergl. I. a Costa ad §. 15. I. cit. Hugo Civ. Mag. 1. B. S. 463. 464.

den persönlichen wurde nach der Römischen Gerichtsverfassung der Beklagte in der Klagformel namentlich erwähnt, nicht aber bey den dinglichen; doch fand auch zuweilen bey persönlichen Klagen die unbestimmte Formel statt. Dann heifsen sie in rem scriptae [y]. Die dinglichen werden in der Regel vom Nichtbesitzer wider den Besitzer angestellt [z].

§. 61.

Dingliche, persönliche Rechte.

Ist ein Recht mit einer actio in rem verbunden, so heifst es ein dingliches (ius in re, in rem), wo nicht, ein persönliches (ius in personam, ad rem) [a]. Zu dem ersten gehören denn nicht blofs die Rechte an Sachen, welche durch unbeschränkte Klagen, sondern alle andern Rechte, welche durch vindicationes geschützt werden können, wie die väterliche Gewalt [b], und die Zustände, von denen die natürliche und bürgerliche Rechtsfähigkeit abhängt, weil die sogenannten actiones praeiudiciales [c], wodurch diese Zustände geschützt werden, gleichfalls dinglich sind [d].

[y] L. 9. §. 8. quod met. causs. (4. 2.) L. 1. §. 3. de interdict. (43. 1.) A. Cortreii de act. personal. in rem scriptis. Ien. 1666. S. P. Gasser de act. in rem script. et genuino earum conceptu. Hal. 1738. Heineccii antiquit. L. 4. T. 6. §. 24 — 30.

[z] §. 2. I. de act. (4. 6.) Höpfners Comm. §. 1095.

[a] S. überhaupt über diese durchaus streitige Lehre, aufser den, zu §. 60. citirten Schriften: U. Huber Digress. L. 4. c. 10. G. Feltmann tr. de iure in re et ad rem. Duisb. 1666. I. Hahn de iure rerum et iuris in re speciebus, recus. c. adversar. scriptis et dissertat. apologet. Helmst. 1664. I. Born de iure reali act. reales producente. Lips. 1662. E. Glaeser D. de iure in re opposita I. Bornio. Lips. 1662. C. Thomasii D. vindiciae domin. contra servitutem. Hinter dessen philosoph. iur. in doctrin. de O. et A. H. E. Kestneri problema iuris ostendens omne ius esse reale. Lips. 1707. Majer Autonomie. Tübing. 1782. S. 22 — 75. I. T. Reinhardt vom Eigenthumsrecht. Leipz. 1800. Bericht. u. Zus. zu den Inst. des R. R. S. 110. fgg.

[b] L. 1. §. 2. de R. V. (6. 1.)

[c] §. 13. I. de act. (4. 6.) I. Raevardi de praeiudiciis Libri 2. Brug. Flandror. 1565. I. Guilielmus de act. praeiudic. Ien. 1689. O. P. Zaunschliffer de insigni act. praeiud. utilitate. Marb. 1699. I. T. Gaudlitius de action. famil. praeiudic. Lips. 1767. Schmidt v. Klagen §. 218. et ibi citat.

[d] Meine Vers. 2. B. S. 47. fgg. Ueber die abweichenden Ideen s. die Schriften not. a. und: D. H. Kemmerich de dominio tanquam unica spe-

§. 62.

Klagen auf Strafen.

Eine andre, in Rücksicht ihrer Folgen für alle Theile des Civilrechts äufserst wichtige Eintheilung der Klagen beruhet darauf, dafs einige derselben auf Verfolgung einer Strafe gerichtet sind, andre auf Schützung dessen, was man rechtlich zu fodern hat. Zur richtigen Einsicht dieser Eintheilung kommt es zuvörderst auf folgende Vorbegriffe an.

§. 63.

Strafe, Strafgesetz, Verbrechen.

Die Gesetze verbieten und gebieten eine Handlung entweder schlechthin, oder unter Androhung eines, die Uebertretung der Vorschrift begleitenden Uebels. Ein solches Uebel wird Strafe genannt, das Gesetz, worin ein solches Uebel angedrohet wird, Strafgesetz, und die, ein Strafgesetz übertretende Handlung Verbrechen.

§. 64.

Oeffentliche, ordentliche und ausserordentliche, Privat-Verbrechen.

Die Strafen und Verbrechen sind theils öffentliche, theils Privat-Strafen und Verbrechen. Jenes sind sie, wenn der Staat den Verbrecher zum Besten des Ganzen der Strafe unterwirft; dieses, wenn der Verletzte zu seinem Privat-Vortheil die Strafe fodern kann. Die öffentlichen Verbrechen werden von den Römern wieder in publica oder ordinaria, und extraordinaria eingetheilt, je nachdem nämlich die öffentliche Strafe durch ein Comitial-Gesetz bestimmt festgesetzt ist, oder nicht [e]. Die Lehre von den öffentlichen Strafen mufs, als Gegenstand des peinlichen Rechts, in den Pandekten übergangen werden. Die Lehre von den Privat-Strafen gehört in das Privat-Recht. Nur einige, überall eingreifende allgemeine Bemerkungen mögen hier ihren Platz finden!

cie iuris in re. Viteb. 1724. F. A. Hommel D. quinque iur. in re species, quas vulgo tradunt, nec semper tales esse, nec solas. Lips. 1736. H. Kellinghusen de legib. nonnullis Romanor. cap. 21. (in Oelrichs Thes. nov. T. 2. Vol. 2.) W. A. v. der Ramhorst de specieb. iur. in re. Lugd. B. 1784. I. F. Rappolt (praes. H. G. Scheidemantel) de numero specier. iur. in re. Stuttg. 1786. D. Nettelbladt de iure in re quae est res nullius. Hal. 1779.

[e] L. 1. de publ. iudic. (48. 1.) L. 3. §. 2. de praevaricat. (47. 15.) L. 3. de extraord. crim. (47. 11.) G. L. Boehmer de abigeatu et furto equor. §. 1 — 7. (Elect. T. 3. n. 21.).

§. 65.

Criminal- und Privat-Klagen. Rei persecutoriae, poenales, mixtae.

Ein Verbrechen kann zugleich mit einer öffentlichen und einer Privat-Strafe belegt seyn [*f*], während der Verbrecher zugleich wegen des, durch ihn verursachten Schadens auf Vergütung belangt werden kann. Die Verpflichtung, Jemand das Seinige zu leisten, kann aber auch aus andern Gründen, als einem Verbrechen, entstehen. Alle Klagen sind demnach entweder öffentliche, Criminal- oder Popular-Klagen (accusationes), wenn sie auf eine öffentliche Strafe gerichtet sind, und daher von jedem aus dem Volk angestellt werden können [*g*], oder Privat-Klagen. Die letzten sind entweder a) actiones rei persecutoriae, wenn man blofs das Seinige dadurch verfolgt, die Verpflichtung des Beklagten mag nun aus einem Verbrechen entstanden seyn [*h*], oder nicht; oder b) poenales, wenn von dem Beklagten eine reine Strafe gefodert wird [*i*]; oder endlich c) mixtae, wenn der Zweck derselben Klage theils auf eine Strafe, theils auf Entschädigung gerichtet ist [*k*].

§. 66.

Arten und Anwendbarkeit der Privat-Strafen.

Die Privat-Strafen der Römer sind sehr verschieden. Bald erhält der Verletzte das Recht, ein arbitraires Quantum zu fodern [*l*], bald kann er eine bestimmte Summe verlangen, und zwar entweder eine einfache Summe [*m*], oder das Doppelte [*n*], Dreyfache [*o*] und Vierfache [*p*]. Aufserdem gibt es manche, in der Folge gelegentlich zu erwähnende andere Strafen, z. B. dafs Je-

[*f*] L. 92. de furtis (47. 2.).

[*g*] L. 30. §. 3. de iureiur. (12. 2.) Tit. P. de popular. action. (47. 23.). I. Finestres in Hermogeniano L. 2. ad L. 32. de obl. et act. I. A. Frommann action. crim. et civil. differentiae principes. Diss. 1. 2. Tüb. 1682.

[*h*] z. B. Tit. P. de condict. furtiv. (13. 1.).

[*i*] z. B. L. 5. §. 6. de his qui effuder. (9. 3.).

[*k*] §. 18. I. de act. (4. 6.).

[*l*] L. 1. §. 1. L. ult. quod quisque iuris in alterum (2. 2.) L. 5. §. 1. ne quis eum, qui in ius vocat. (2. 7.).

[*m*] L. 7. de iurisdict. (2. 1.).

[*n*] §. 5. I. de obl. quae ex delict. (4. 1.).

[*o*] §. 24. I. de act. (4. 6.) Nov. 124. c. 2.

[*p*] §. 5. I. de obl. quae ex delict. (4. 1.).

mand seine Klage [q], oder der Besitz einer Sache genommen wird [r], oder dafs er zur Strafe seine Einreden verliert [s]. Nach der, freilich durch keine zureichenden Gründe unterstützten, und daher noch immer angefochtenen Meynung der mehrsten fallen die, auf eine reine Privat-Strafe gerichteten Klagen jetzt weg [t]. Dafs die übrigen Privat-Strafen der Römer gleichfalls nicht mehr stattfinden, hat auch nicht einmal die gemeine Meynung, sondern höchstens die willkührlichen Ideen einzelner für sich [u]; und selbst die, auf eine reine Privat-Strafe gerichteten Klagen werden von denen, welche sie jetzt überhaupt als Antiquität ansehen, wenigstens ausnahmsweise in den Fällen zugelassen, da bey dem Abgange öffentlicher Strafen die Beybehaltung des Römischen Rechts zur Verhinderung eines Verbrechens nothwendig ist [x].

§. 67.

Concurrenz der Klagen.

Der Unterschied jener vorhin genannten Arten der Klagen ist sehr wichtig, theils in Rücksicht der Lehre von der Concurrenz der Klagen, theils in Betreff der Frage: welche Klagen auf, und gegen die Erben gehen. Die Lehre von der Concurrenz der Klagen [y] beruhet hauptsächlich auf folgenden Grundsätzen: 1) wenn eine subjective Concurrenz vorhanden ist, d. h. wenn mehrere Kläger oder Beklagte eine Vielheit der Klagen erzeugen, so können alle verschiedenen Klagen vereint und nach einander angestellt werden [z], wenn nicht von den mehreren Beklagten der eine nur insofern verantwortlich ist, als der andre keine Befriedigung geleistet

[q] L. 7. C. unde vi (8. 4.).

[r] L. ult. de R. V. (6. 1.) Nov. 18. c. 10.

[s] Auth. Contra C. de non num. pecun. (4. 30.).

[t] Höpfners Comment. §. 1127. Glücks Comment. 3. T. §. 274. 275. vergl. mit Malblank princ. iur. Rom. §. 358.

[u] S. Malblank doctr. de iureiur. §. 75. und dawider Cocceii I. C. L. 18. T. 4. qu. 27. Danz ord. Proc. §. 335. a. E. Wehrn v. gerichtl. Einwend. §. 60.

[x] S. z. B. Glück a. a. O. 5 Thl. §. 430.

[y] Averan interpr. L. 3. c. 14. 15. I. Finestres et de Monsalvo D. de concurr. action. ad L. 32. de O. et A. in Hermogen. T. 1. p. 601. fgg. H. a. Vianen de concurs. act. Trai. ad Rh. 1736. (Oelrichs Th. nov. V. 1. T. 1. n. 4.). A. L. C. Schmidt de concurs. act. Ien. 1753. Schmidt Lehrb. v. d. Kl. §. 16. 60. 106.

[z] §. 2. I. de iniur. (4. 4.).

hat [*a*]. 2) Ist die Concurrenz objectiv, d. h. gehen die mehreren Klagen gegen Einen Beklagten, so sind sie entweder A) auf verschiedene Gegenstände gerichtet, welche entweder keinen vereinten Hauptzweck haben [*b*] (concurrentia cumulativa), oder nach einander einen solchen Hauptzweck zu erreichen bestimmt sind [*c*] (concurrentia successiva): dann können sie alle nach einander angestellt werden. Deswegen schliefsen mehrere actiones rei persecutoriae, welche verschiedene Zwecke haben, einander nicht aus [*d*], und aus gleichen Gründen wird eine actio rei persecutoria nicht durch eine Criminal- [*e*], oder eine Privat-Pönal-Klage ausgeschlossen [*f*], so wie mehrere auf verschiedene Strafen gehende Klagen einander nicht ausschliefsen [*g*]. Hat indefs der Verletzte selbst auf eine Criminal-Strafe geklagt, so kann er nachher nicht weiter auf die Privat-Strafe dringen [*h*]. Wenn dagegen B) mehrere Klagen auf denselben concreten Zweck gerichtet sind (concurrentia electiva), so schliefst die eine die andere aus, wenn nicht durch die letzte ein mehreres, als durch die erste sollte gefodert werden können [*i*]. Darum können auf denselben Zweck gehende actiones rei persecutoriae nicht nach einander angestellt werden [*k*], und eben so werden diese Klagen durch eine actio mixta ausgeschlossen [*l*].

[*a*] L. 57. de iudic. (5. 1.) L. 1. §. 17. de exerc. act. (14. 1.).

[*b*] z. B. L. 7. §. 1. de condict. furtiva (13. 1.) L. 32. de O. et A. (44. 7.).

[*c*] z. B. L. 20. §. 4. fam. herc. (10. 2.) L. 3. §. 6. ad exhib. (10. 4.).

[*d*] Vianen l. c. cap. 3.

[*e*] L. 4. §. 4. finium regund. (10. 1.) L. 3. §. 6. de tab. exhib. (43. 5.).

[*f*] L. 54. §. 1. 3. de furt. (47. 2.) L. 2. C. eod. (6. 2.) L. 7. §. 1. de condict. furt. (13. 1.).

[*g*] L. 2. de privat. delict. (47. 1.) L. 32. de O. et A. (44. 7.).

[*h*] §. 10. I. de iniur. (4. 4.) L. 56. §. 1. de furt. (47. 2.).

[*i*] L. 7. §. 1. commodat. (13. 6.) L. 1. arborum furtim caesar. (47. 7.) L. 37. §. 2. de evict. (21. 2.) L. 34. §. ult. de O. et A. (44. 7.) In dem letzten Fragment ist das non am Ende wegzustreichen. Voet Comm. L. 9. T. 2. §. 31. Cuiac. Obs. L. 3. c. 25.

[*k*] L. 1. §. 17. de exercit. act. (14. 1.) §. ult. I. de obl. quae ex delict. (4. 1.) §. 19. I. de act. (4. 6.) L. 7. §. 1. L. 16. de condict. furtiv. (13. 1.).

[*l*] Weil eine doppelte rei persecutio nach dem obigen nicht stattfindet.

§. 68.

Uebergang auf und wider die Erben.

In Betreff der Frage, welche Klagen von den Erben angestellt werden können (translatio activa), und welche Klagen gegen die Erben gehen (translatio passiva) [*m*]? sind folgendes die wesentlichen Grundsätze: 1) Criminal-Klagen gehen weder auf, noch wider die Erben [*n*]. 2) Privat-Pönal-Klagen können von den Erben, aber nicht gegen die Erben angestellt werden [*o*]; dagegen gehen 3) actiones rei persecutoriae, wohin auch die auf eine Conventional-Strafe gerichteten gehören, activ auf die Erben [*p*]. Ausgenommen sind die dinglichen Klagen, welche stets nur gegen den Besitzer als solchen gehen [*q*], so wie die, nicht auf Entschädigung, sondern nur auf Rache, und Ahndung unedler Handlungen gehenden Klagen (actiones meram vindictam spirantes), welche nie von den Erben angestellt werden können [*r*]. Passiv auf die Erben hingegen gehen unbedingt nur die, aus keinem Verbrechen entstehenden reipersecutorischen Klagen [*s*]; die, welche daraus entspringen, können nach Römischem Recht nur so weit gegen die Erben gerichtet werden, als sie sich reicher befinden [*t*], nach Kanonischem Recht aber im Ganzen schlechthin, jedoch nur so weit, als die Erbmasse zureicht [*u*], und unbedingt, wenn die Ver-

[*m*] M. a. Lyclama benedictorum libri IV. Lugdun. Bat. 1617. 8. W. A. Lauterbach de transitione actionum. Tub. 1653. (Diss. Vol. 3. n. 136.).

[*n*] L. 20. de poen. (48. 19.) H. de Cocceii de cess. eor. quae ad hered. non trans. c. 4. §. 21. (Ex. Vol. 2. T. 2. n. 65.).

[*o*] §. 1. I. de perpet. et temp. act. (4. 12.).

[*p*] §. 1. I. cit. §. ult. I. de verb. obl. (3. 16.).

[*q*] Höpfners Comm. §. 1193.

[*r*] §. 1. I. cit. L. 13. pr. de iniur. (47. 10.) L. penult. de in ius voc. (2. 4.) L. 4. de calumniat. (3. 6.) L. 7. C. de revoc. donat. (8. 56.) L. 6. §. ult. L. 7. de inoff. test. (5. 2.).

[*s*] §. 1. I. cit. L. 1. §. 1. L. 18. depos. (16. 3.).

[*t*] §. 1. I. cit. L. 16. §. 2. quod met. causs. (4. 2.) L. un. C. ex delict. defunctor. (4. 17.) L. 52. de R. V. (6. 1.) L. 23. §. 8. ad L. Aquil. (9. 2.) Cuiac. Obs. L. 7. c. 37. Lyclama membran. L. 1. c. 39. Duirsema coniectur. L. 1. c. 7. 8. I. a Costa prael. ad T. Cod. ex delict. defunctor. (Meermann Th. T. 1.) A. M. ist G. H. Ayrer de act. ex delicto rei persecutoriis adversus heredes delinquentis in solidum comp. Goett. 1752. Sect. 2. §. 10. fgg.

[*u*] cap. 5. X. de raptor. (5.

pflichtung zum Schadensersatz wegen der unerlaubten That auf einem vorhergegangenen erlaubten Geschäft beruht [*x*]. Es können aber 3) alle Klagen, welche nach dem obigen nicht activ und passiv auf die Erben übergehen, wenigstens dann von den Erben, und wider die Erben angestellt werden, wenn sie vor dem Tode des Erblassers durch Klage und Einlassung rechtshängig geworden waren [*y*]; doch sind die Criminal-Klagen im Ganzen in Ansehung der passiven Translation hievon ausgenommen [*z*]. Die jetzige Criminal-Praxis befolgt indeſs zum Theil andre Grundsätze [*a*].

§. 69.

Act. b. fidei, strict. iuris, arbitrariae.

Bey allen Klagen kann in der Regel das gefodert werden, was die Billigkeit und Natur der Sache mit sich bringt. Nur die Klagen, welche aus einem, mit feierlichen Worten errichteten Geschäft entspringen, können auf nichts weiter gerichtet werden, als was nach dem Wortverstande in der Formel liegt. Daher die jetzt unpractische Eintheilung in bonae fidei und stricti iuris actiones [*b*]. Mit den ersten sind die actiones arbitrariae nicht zu vermengen. Man versteht darunter theils die, wobey in der Hauptsache alles vom richterlichen Ermessen abhängt, theils die, wobey der Richter die Verurtheilung im Fall des Ungehorsams erhöhen kann [*c*].

17.) Glücks Comment. §. 449. a. E.

[*x*] cap. 3. X. de pign. (3. 21.) Lauterbach l. c. §. 23.

[*y*] L. 26. L. 58. de O. et A. (44. 7.) L. 139. L. 164. de R. I. (50. 17.) L. 6. §. ult. L. 7. de inoff. test. (5. 2.).

[*z*] Vergl. L. 26. de poen. (48. 9.) L. 20. de accusat. (48. 2.) L. 38. de R. I. (50. 17.) Tit. C. si reus vel accusat. mort. (9. 6.) L. 1. 2. 3. C. si pendent. appell. (7. 66.).

[*a*] Wernher P. 7. Obs. 15. Boehmer ad Carpzov qu. 131. Obs. 1. Quistorp peinl. R. §. 87.

[*b*] §. 28. I. de act. (4. 6.). I. H. Boehmer de act. Sect. 1. c. 3. §. 19. fgg. Höpfner Comment. §. 1128 — 1135.

[*c*] L. 3. de eo quod certo loco (13. 4.) §. 31. I. de act. (4. 6.) et Theophilus paraphr. ibid. I. M. Magni ration. et different. iur. civ. lib. 1. de act. arbitrariis. Anjou. 1602. Orl. 1605. (Meermann Th. T. 3.) G. de Gast de act. arbitraria. Orl. 1576. (Meermann Th. T. 6.) A. Faber err. pragm. P. 4. Dec. 89. er. 4 — 10.

§. 70.

Verschiedenheit nach der Benennung.

Alle Klagen, welche man durch positive Gesetze begründen kann, heifsen genannte (vulgares, nominatae), und insofern sie namentlich in den Gesetzen gestattet sind, directe [d], sofern sie hingegen der Billigkeit wegen wider den Inhalt der eigentlichen Gesetze, oder durch eine ausdehnende Erklärung der Gesetze eingeführt werden actiones utiles [e]. Die directen Klagen sind entweder mit einem individuellen Namen in den Gesetzen bezeichnet, oder nicht. Im letzten Fall nennt man sie, zur Kürze der Terminologie, blofs durch Anführung des Gesetzes, worin sie gestattet sind (condictio ex lege, canone, statuto, moribus) [f]. Ist hingegen eine Klage nicht in eigentlichen Gesetzen gegründet, sondern beruht sie im Wesentlichen nur auf der Billigkeit, so wird sie actio in factum, oder praescriptis verbis genannt [g], oder jetzt auch wohl imploratio officii iudicis [h]. Zuweilen wird einer genannten Klage noch ein Beysatz zugefügt, entweder um ihren Zweck noch näher zu bezeichnen (z. B. actio ex stipulatu certi, incerti, triticiaria), oder um für diesen Fall ihren Grund vollständig und bestimmt anzugeben (z. B. actio emti quod iussu). Solche Klagen pflegt man jetzt gewöhnlich actiones adiectitiae qualitatis zu nennen [i].

[d] L. 1. 2. de praescr. verb. (19. 5.) L. 37. de O. et A. (44. 7.)

[e] L. 11. de praescr. verb. (19. 5.) §. 4. I. de act. (4. 6.) §. ult. I. de leg. aquil. (4. 3.) L. 16. pr. de pact. (1. 14.) Schulting Th. contr. D. 66. Th. 1. F. G. Zoller de act. utilib. Lips. 1743. Heineccii hist. iur. L. 1. §. 50.

[f] Tit. de condict. ex lege (13. 2.) A. B. Carpzov de condict. ex morib. Lips. 1685. Schmidt v. d. Kl. u. Einr. §. 1338. 1339. Westenberg de causs. oblig. Diss. 4.

[g] L. 1. 2. 3. de praescr. verb. (19. 5.) Hortensius Comm. in Tit. D. de praescr. verb. Lugd. 1587. 4. Meister de in factum action. (op. n. 7.) Hommel Rhaps. Obs. 537.

[h] F. A. Kuenhold de remed. implor. offic. indic. action. forens. vicario. Lips. 1720.

[i] Die Veranlassung der Eintheilung gab L. 5. §. 1. de exerc. act. (14. 1.). Vergl. I. H. Berger fontes adiectitiarum qualitatum. Vit. 1682. L. E. Hertius de action. adiect. qualit. Giess. 1699. Cocceii I. C. L. 12. T. 6. qu. 3. L. 13. T. 3. qu. 1. Pufendorf T. 2. Obs. 41. Bericht. und Zusätze zu den Inst. des Röm. Rechts. S. 84 — 88.

§. 71.

D) Durch Einreden. Eintheilungen.

Sucht sich der Beklagte gegen die Klage zu vertheidigen, so wird diefs im allgemeinen Verstande eine Einrede (exceptio, praescriptio) genannt [*k*]. Diese Vertheidigung kann zwiefach seyn, nämlich entweder eine einstweilige Schützung gegen die Klage bezwecken, oder eine gänzliche Befreyung. In jenem Fall heifst sie verzögerliche Einrede (dilatoria). Im letzten Fall hingegen leugnet der Beklagte entweder den Grund der Klage, oder er setzt demselben etwas entgegen, was ihn zerstört. Das erste nennt man verneinende Einlassung (litis contestatio negativa), das letzte im eigentlichen Sinn eine zerstörliche Einrede (exceptio peremtoria [*l*]. Sogenannte vermischte Einreden, d. h. welche aus verzögerlichen und zerstörlichen zusammengesetzt sind, gibt es nicht. Was man so nennt [*m*], sind verzögerliche, welche, wenn ihnen der Kläger folgt, eine zerstörliche Einrede erzeugen können.

§. 72.

Fortsetzung;

In Rücksicht des Umfangs sind die Einreden theils dingliche (in rem), theils persönliche (in personam), das letzte nämlich, wenn sie blofs von dem, welchem sie ertheilt sind, vorgeschützt werden können; das erste, wenn sie allen accessorisch bey einem Hauptrechte interessirten Personen, und jedem Erwerber desselben zu statten kommen. Für die persönlichen streitet nicht die Vermuthung [*n*]. Uebrigens können die Einreden eben so, wie die Klagen, genannte (certae, nominatae) seyn, oder nicht (incertae, in factum, utiles) [*o*].

§. 73.

also auch durch Re-

Eben so wie der Beklagte auf die Klage sich erklärt, kann der Kläger auf die eigent-

[*k*] L. 2. pr. L. 11. L. 23. de except. (44. 1.). Ueber die älteren Hauptschriften: Schmidt v. d. Klagen §. 5. 6. S. auch C. W. Wehrn theor. pract. Grundr. d. Lehre v. d. gerichtl. Einwendungen. Leipz. 1790.

[*l*] L. 3. de except. (44. 1.) §. 9. 10. 11. I. eod. (4. 13.).

[*m*] Danz §. 158. Wehrn v. gerichtl. Einr. §. 9.

[*n*] L. 7. D. de except. (44. 1.) §. ult. I. de replic. (4. 14.) L. 2. §. 2. L. 4. §. 33. de dol. mal. et met. except. (44. 4.)

[*o*] §. 1. I. de except. (4. 13.) L. 23. de except. (44. 1.).

plik, Duplik u.s.w. lichen Einreden des Beklagten antworten, und zwar entweder durch das Verneinen derselben, oder dilatorische und peremtorische Einreden. Die letzten heifsen dann Replik. Gegen die Replik lassen sich wieder Einlassung und Einreden denken, welche letzten dann Duplik heifsen. Was die letzte im Verhältnifs zur Replik ist, ist die Triplik im Verhältnifs zur Duplik, die Quadruplik im Verhältnifs zur Triplik u. s. w. [p].

§. 74.

3) Recht der Nichtausübung, und Entsagung.

Eine fernere Folge aus dem Begriff eines Rechts ist 3) der Grundsatz, dafs Niemand verpflichtet ist, von seinem Recht Gebrauch zu machen [q], wenn dazu nicht besondere Gründe eintreten. Jeder, welcher die freye Disposition über sein Vermögen hat, kann daher seinen Rechten entsagen [r], sofern ihnen nicht Verbindlichkeiten anhängen [s], und ihm der Inhalt der Entsagung deutlich ist [t]. Nur der, einem ganzen Stande verliehenen Privilegien kann sich der Einzelne nach Kanonischem Recht [u] nicht begeben. Alle Renunciationen sind übrigens streng (§. 39.) zu erklären (§. 46.), auch müssen sie so bestimmt seyn, dafs man deutlich sieht, welchen besondern Rechten zu entsagen die Absicht war [x]; doch ist dadurch, wenn der Wille klar ist, die stillschweigende Entsagung nicht ausgeschlossen [y]. War aber die Entsagung gültig, so schliefst sie den Entsagenden im Zweifel auf immer von dem aufgegebenen Rechte aus [z].

[p] Tit. I. de replicat. (4. 14.).

[q] L. un. C. ut nemo invitus agere (3. 7.).

[r] L. 29. C. de pact. (2. 3.). H. Brokes Obs. n. 4. C. A. Ritter de indole et requisit. validae renunc. Lips. 1740.

[s] S. unten §. 77.

[t] L. 19. de inoff. test. (19. 2.) L. 8. de hered. pet. (5. 3.).

[u] Cap. 12. X. de foro compet. (2. 2.) freilich absurd! Boehmer I. E. P. L. 2. T. 2. §. 42.

[x] L. 4. §. 4. si quis caut. in iudic. (2. 11.). Carpzov p. 2. c. 57. Def. 5. Mevius P. 9. Dec. 186. Pufendorf T. 2. Obs. 43.

[y] F. A. Reichhelm de renunciat. iuris tacita. Lips. 1705. G. L. Menken de factor. indole in tac. renunc. (op. n. 16.) D. C. Eckhard de renunc. inprimis tacita iuris quaesiti. Lips. 1756.

[z] L. 14. §. 9. de aedilit. edict. (21. 1.) L. 4. C. de pact. (2. 3.) L. 11. C. de R. C. (4. 1.) L. E.

§. 75.

Insbesondere von Cessionen.

Die Uebertragung eines Rechts auf einen Andern ist eine Art der Begebung desselben, und auch in der Regel erlaubt; doch erfodert die Entwicklung der Natur derselben manche Erörterungen. Die Regel ist hier: alle Rechte, welche man unabhängig von den positiven Handlungen eines Verpflichteten ausüben kann, dürfen nach der Strenge des Rechts, wo keine besondere Ausnahmen eintreten [a], an einen andern abgetreten werden [b], und selbst wenn die Abtretung des Rechts aus besondern Gründen verboten ist, darf man wenigstens die Vortheile desselben einem Andern überlassen [c]. Hat man persönliche, oder überhaupt solche Rechte, welche durch eine Klage zu verfolgen sind: so darf man dieselben gleichfalls einem Andern abtreten [d]; doch muſs zu der Abtretung des Rechts noch eine besondere Bevollmächtigung zur Anstellung der Klage Namens des Abtretenden hinzukommen. Diese heiſst Cession [e]. Man nennt bey diesem Geschäft den alten Gläubiger: cedens, den neuen: cessionarius, oder procurator in rem suam [f], und den Schuldner: debitor cessus. Nach dem neueren Recht bedarf es indeſs dieser Cession nicht, son-

Lauterbach de iis qui renunciant nec tamen iure suo se privant. Marb. 1726.

[a] Tit. I. quib. alienar. lic. vel non (2. 8.).

[b] S. F. Willenberg de domino alienare prohibito (in dessen Disc. iur. n. 22.) A. L. Hombergk zu Vach de convalesc. vitiosae alienat. Marb. 1745. L. P. Behlen de tacita invalidae alienat. rerum convalidatione. Mogunt. 1757.

[c] L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

[d] L. 17. L. ult. de her. vel act. vend. (18. 4.).

[e] L. 3. §. 5. de in rem verso (15. 3.) L. 24. pr. de minor. (4. 4.) L. 2. in fin. fam. herc. (10. 2.) L. 8. in fin. mandat. (17. 1.) L. 76. de solut. (46. 3.) L. 1. C. de novat. (8. 42.) Donell comm. L. 15. c. 43. Vergl. überh. C. Lenz de cessione actionum. Lauterbach D. de act. vendit. I. a Sande de act. cessione. Leovard. 1657. I. Brunnemann de definit. et materia cess. iur. Frkf. 1655. I. D. Gruber de action. mandat. Hal. 1723. F. G. Ankelmann de cessione nom. Goett. 1791. I. H. C. Lueders de iuribus ex cessione tam valida quam invalida. Rost. 1780.

[f] S. vorhin die Gesetze in not. e und L. 15. §. ult. de iureiur. (12. 2.) L. 4. pr. de re iudic. (42. 1.) L. 4. C. de procur. (2. 13.) Gundlingiana P. 2. n. 2. W. A. Lauterbach de procur. in rem suam. Tub. 1651. Einen Unterschied macht Boehmer ius D. L. 18. T. 4. §. 13.

dern der Erwerber des Rechts hat stets eine actio utilis in eignem Namen [g], sofern er sich gehörig legitimirt, wozu aber der bloſse Besitz des Schuldscheins nicht hinreicht [h], auch von vielen die, auf jeden Vorzeiger gerichtete Clausel nicht hinreichend gehalten wird [i]. Uebrigens wird jetzt gewöhnlich jede Abtretung eines Rechts Cession genannt.

§. 76.

Freywilligkeit derselben. Die Abtretung eines Rechts muſs freywillig geschehen, also auch die Cession [k]; doch kann sie in zwey Fällen verlangt werden, nämlich erstlich, wenn man durch Abtretung des Rechts sich dazu verbindlich gemacht hat, und zweytens, wenn der Gläubiger für den Schuldner von einem Andern Zahlung empfangen hat [l].

§. 77.

Was ist cessibel? Auch der, welcher über sein Vermögen überhaupt frey verfügen kann, darf in manchen Fällen ein Recht, wegen der besondern Natur desselben, nicht abtreten. Ueber die Frage: welche Rechte dahin gehören? lassen sich nur zwey Regeln geben, nämlich daſs alle mit Verbindlichkeiten vermischten Rechte [m] und alle mit einer Klage verknüpften Privilegien, welche nicht auf die Erben übergehen [n], im Zweifel nicht cedirt werden dürfen. Die gemeine Regel: cessibel ist, was vererbt, nicht cessibel, was nicht vererbt werden kann [o], ist falsch [p]. In Streit be-

[g] L. 7. 8. C. h. t. (4. 39.).

[h] Leyser Sp. 201. Mevius P. 8. D. 236. Wernher P. 5. Obs. 247.

[i] Wernher lect. c. L. 18. T. 4. §. 17. Hofacker T. 3. §. 1956.

[k] I. C. Heimburg de creditore ad iura tert. cedenda haud oblig. Ien. 1745.

[l] L. 17. L. 41. §. 1. de fideiussor. (46. 1.) L. 76. de solut. (46. 3.). Schacher de quibusd. cession. necessar. Lips. 1642.

[m] 2. F. 34. 39. 45. 52. 55. L. 1. C. de novat. (8. 42.). S. Stryk de iure non cessibili. Hal. 1715. cap. 4. §. 1. 2.

[n] L. 6. de rest. in int. (4. 1.). Vergl. mit L. 24. pr. de minor. (4. 4.) L. 42. de admin. tut. (26. 7.) L. 68. de R. I. (50. 17.) Carpzov P. 1. C. 28. Def. 95. n. 6. Lauterbach coll. L. 18. T. 4. §. 58. A. M. ist I. G. F. Wasmuth de privil. natura. Goett. 1787. c. 1. §. 14. 15.

[o] Brunnemann l. c. cap. 4. n. 20. fgg.

[p] H. de Cocceii de cess. cor. quae ad hered. non trans.

fangene Klagen (litigiosae) können nicht nach den Gesetzen [q], wohl aber nach der Praxis cedirt werden [r], und insofern läfst sich denn auch jetzt [s] die Cession einer Criminalklage unter Privat-Personen, einer Popular- und Injurien-Klage denken [t].

§. 78.

Verhältnifs der Parteyen.

Die Cession kann ohne und wider Willen des Schuldners geschehen [u]; doch wird der letzte durch die Cession nicht von dem alten Gläubiger frey. Dieser hat vielmehr, so lange der neue Gläubiger nicht klagbar geworden oder bezahlt ist, noch immer das Recht, den Schuldner zu belangen [x], obgleich er von dem neuen Gläubiger zur Herausgabe des Empfangenen angehalten werden, und jener bey der Concurrenz mit diesem den Vorzug verlangen kann [y]. Jetzt ist es indefs angenommen, dafs der Schuldner dem Cedenten von dem Augenblick an nicht weiter als seinen Gläubiger betrachten darf, da ihm durch eine förmliche Anzeige die Cession kund gethan ist [z].

§. 79.

Wirkung der Cession.

Die Cession überträgt das ganze Recht des Cedenten mit seinen Anhängen auf den Cessionar [a], nur nicht dessen persönliche Privilegien [b]. Der Fiscus ist jedoch ausgenommen, in-

et contra (Exerc. Vol. 2. T. 2. n. 65.) cap. 2. Wiese l. c. §. 8 — 15.

[q] L. 1. de litig. (44. 6.) L. 2. L. ult. C. eod. (8. 37.). Franzke resol. L. 1. qu. 11.

[r] Berger Oec. Iur. L. 3. T. 5. §. 5. not. 22.

[s] Nicht nach L. 28. de iniur. (47. 10.) L. 12. de V. S. (50. 16.).

[t] H. de Cocceii l. c. §. 21. 24. fgg. S. Cocceii ius contr. L. 18. Tit. 4. qu. 14.

[u] L. 3. C. h. t. (4. 39.).

[x] L. 3. C. mandat. (4. 35.) L. 3. C. de novat. (8. 42.).

[y] L. 23. §. 1. h. t. (18. 4.) L. 55. de procurat. (3. 3.).

[z] Vermöge L. ult. de transact. (2. 15.) L. 3. C. de novat. (8. 42.) Cramer opusc. T. 4. n. 13. C. H. Brenning an cessus postquam scivit factam cessionem, cedenti solvere possit. Lips. 1772. Sande l. c. cap. 12. n. 17. Wernher lect. c. L. 18. T. 4. §. 15. Berger Oec. I. L. 3. T. 5. §. 5. not. 4. Klein merkw. Rechtsf. 1. B. n. 18. Weber zu Höpfner §. 992. not. 4.

[a] L. 2. 6. 23. D. h. t. (18. 4.) L. 6. 7. C. eod. (4. 39.).

[b] Voet L. 18. T. 4. §. 12. Ueber die mancherley willkührlichen Einschränkungen dieser Regel vergl. Berlich P. 1.

dem er zwar nicht alle seine besondern Vorrechte [c], aber doch die ihm zustehenden Pfand-Privilegien mit überträgt [d]. Es mufs aber der Cessionar das Recht, ohne Nachtheil des Schuldners, in der Maafse ausüben, wie es der Cedent selbst würde gethan haben. Er kann sich also bey Verfolgung des Rechts seiner eigenen Privilegien nicht bedienen [e], und mufs, auch wenn er actione utili klagt, sich alle Einreden, sofern sie in dem cedirten Recht gegründet sind (reales), nicht aber die damit aufser Verbindung stehenden Einreden (personales) gefallen lassen, welche der Schuldner dem Cedenten selbst hätte entgegensetzen können, ausgenommen wenn die Cession unentgeltlich geschah, oder wenn er indirect zum Besten des Cedenten klagt [f]. Klagt er direct Namens des Cedenten, so können ihm natürlich alle, gegen den letzten stattfindenden Einreden entgegengesetzt werden. Auch folgt natürlich aus jener Regel der Satz, dafs eine, dem Schuldner nachtheilige Zersplitterung des cedirten Rechts unerlaubt ist [g].

§. 80.

L. Anastasiana.

Der Satz, dafs der Cessionar an die Stelle des Cedenten trit, führt natürlich zu der Regel, dafs jener alles, was dieser hätte fodern können, vom Schuldner einklagen kann. Die sogenannte lex Anastasiana [h] verbunden mit Justinians neuerer

Concl. 65. n. 101. Franzke resol. L. 1. R. 14. n. 33. Willenberg de priv. cedent. et cessionar. Frankf. 1695. cap. 3. §. 8.

[c] A. M. sind Voet L. 18. T. 4. §. 12. Willenberg de privileg. ced. cap. 3. §. 13. Müller ad Leyser Obs. 420.

[d] L. ult. C. de priv. fisci (7. 73.) H. de Cocceii Diss. cit. cap. 4. §. 18. 19.

[e] L. 2. pr. h. t. (18. 4.) L. 175. §. 1. L. 177. pr. de R. I. (50. 17.). Willkührliche Beschränkungen dieses Satzes vertheidigen Voet l. c. §. 13. Wehrn de cessionario privilegiato etc. Erf. 1786. §. 1—5. Faber in Cod. L. 3. T. 12. Def. 22. S. dagegen Willenberg l. c. §. 16—19.

[f] L. 4. §. 27—30. de dol. ex. (44. 4.) vergl. Lauterbach coll. eod. T. §. 8. Brunnemann de cess. act. cap. 6. Willenberg l. c. cap. 4. Berger Oec. Iur. L. 3. T. 5. §. 5. not. 10. Weber nat. Verb. §. 117. not. g.

[g] arg. L. 27. §. ult. de pecul. (15. 1.) Wiese l. c. §. 6.

[h] L. 22. C. mandat. (4. 35.). Vergl. bes. H. E. Floerken de lege Anastasiana. Ien. 1691. Franzke resol. L. 1. qu. 8. 9. Reinhold var. c. 31. 32. I. A. Bach de lege Anastasiana (opusc. n. 9.). Gmelin gem. jurist. Beobacht. 4. B. n. 12. I.

Vorschrift [*i*] enthält aber, um zu verhindern, daſs man nicht zur Chicane schlechte Foderungen an sich bringe, die merkwürdige Einschränkung, daſs der, welcher eine Foderung gekauft, oder zum Theil gekauft und geschenkt erhalten hat, vom Schuldner, zu dessen Vortheil dann die ganze übrige Verbindlichkeit vernichtet wird [*k*], nicht mehr, als das wirklich gezahlte Geld nebst Zinsen einfodern kann, ausgenommen wenn Legatare und Miterben sich gemeinschaftliche Foderungen cediren, und wenn die Cession zur Tilgung einer Schuld, oder zur Schützung des Besitzes [*l*] geschieht. Auf reine Schenkungen, und alle andere Geschäfte ist jene exorbitante Vorschrift nicht zu erstrecken [*m*], so wenig als auf unsre Wechsel [*n*]; auf den reinen, oder mit einer Schenkung vermischten Kauf ist sie aber nach den Worten der Gesetze **unbedingt** anzuwenden, die Foderung mag ungewiſs, der Verkäufer in dolo, oder aus Noth zum Verkauf gezwungen seyn, oder nicht [*o*]. Auch steht unsre Verfassung der Anwendbarkeit jener Sätze nicht entgegen [*p*]. Wie viel übrigens gezahlt sey, hat der Cessionar auf Verlangen durch ordentliche Beweismittel, wohin die bloſse Angabe des Cedenten nicht gehört, zu erweisen [*q*].

C. Scheele de iustis limit. leg. Anastas. positis. Helmst. 1791.

[*i*] L. 23. C. eod.

[*k*] Brunnemann de cess. act. c. 1. n. 87. Bach l. c. §. 5. Walch controv. p. 592. Abweichende Ideen haben Weber nat. Verb. §. 94. Mevius P. 3. Dec. 1. Lauterbach Coll. L. 18. T. 4. §. 74.

[*l*] Z. B. ein jüngerer Pfandgläubiger läſst sich, um gegen den ältern gedeckt zu seyn, das Pfandrecht des letzten für Geld abtreten. Bach l. c. §. 6.

[*m*] Andrer M. s. Voet L. 18. T. 4. §. 18. Bach §. 3.

[*n*] W. Rahn über die Unzuläss. der Einr. d. Anastas. Ges. gegen Wechselford. Braunschw. 1802. 8.

[*o*] Reinold var. c. 32. Leyser Sp. 203. m. 2. Andrer M. ist Sande de action. cess. c. 11. n. 24. F. I. Schoepfer de cessatione leg. Anastas. Frkf. ad V. 1684. Wernher lect. comm. L. 18. Tit. 4. §. 12.

[*p*] Cocceii I. C. L. 18. T. 4. qu. 27. 28. Müller ad Leyser Obs. 423.

[*q*] Lauterbach coll. L. 18. T. 4. §. 72. Bach l. c. §. 5. Sande l. c. cap. 11. n. 12. Fratr. Beckmannorum Consil. T. 1. Resp. 9. n. 28. Struben 4. B. 190. Bed. A. M. ist Weber v. d. Beweisführung. VI. n. 29.

§. 81.

Wem kann cedirt werden?

Jeder, welcher Rechte zu erwerben fähig ist, kann die Stelle eines Cessionars vertreten, nur darf die Cession nicht an eine Person geschehen, welche auf irgend eine Art [r] den Schuldner [s] an Macht und Ansehn bedeutend übertrifft [t]. Geschieht dieſs (cessio in potentiorem) in guter Absicht, so ist die Cession nichtig; geschieht es hingegen arglistig, so wird zur Strafe, und zwar zum Vortheil des Schuldners [u], das ganze Recht vernichtet [x]. Dasselbe trit nach den Gesetzen, wahrscheinlich aus denselben Gründen, ein, wenn Jemand sein Recht gegen einen Mündel an dessen Vormund [y], oder wenn ein Jude seine Schuldfoderung an einen Christen einem andern Christen abtrit [z]; doch sind sowohl die Gründe [a] als die Grenzen [b] dieser letzten, in Praxi selten befolgten [c] Bestimmung streitig. — Noch eine hieher gehörige Frage, nämlich ob der Cedent für die Güte der cedirten Foderung haften müsse? wird sich unten in der Lehre von der Evictions-Leistung (§. 162.) besser beantworten lassen.

[r] Brunnemann l. c. cap. 2. nr. 24. Wernher lect. comm. L. 18. T. 4. §. 7.

[s] Brunnemann l. c. n. 20.

[t] L. 1. 2. C. ne lic. potent. (2. 14.) S. auch überh. Stryk de potentiore cessionar. Hal. 1693. Brokes Obs. n. 313.

[u] Franzke resol. L. 1. Q. 10. n. 60. Hilliger ad Donell. L. 18. cap. 11. Lit. m.

[x] Brunnemann l. c. n. 35—37.

[y] Nov. 72. c. 5.

[z] R. A. v. 1551. §. 79. Pol. O. v. 1577. Tit. 20. §. 4. S. F. Willenberg de cess. nom. cum Judaeo instituta. Ged. 1720. (Exerc. P. 1. n. 14.). I. S. F. Boehmer de cess. nom. ad Jud. in Christ. facta rata vel irrit. Frkf. 1738.

[a] Vergl. Cocceii I. C. L. 18. T. 4. qu. 13. mit Cramer Wetz. Nebenst. 4. Thl. N. 3. §. 8.

[b] Vergl. überh. Cramer Obs. iur. univ. T. 2. P. 2. Obs. 776. Dessen Wetzl. Beytr. 2. Thl. n. 11. Selchow Rechtsf. 3. B. Resp. 61. §. 30. fgg. Gerstlacher Handb. der Reichsges. 10. B. S. 1906. fgg. Struben 3. B. 66. Bed. Pufendorf T. 2. Obs. 158. Carpzov P. 2. C. 30. D. 45. Meditat. über versch. R. M. 3. B. n. 161.

[c] Berger Oec. Iur. L. 3. T. 5. §. 5. not. 2. Leyser Sp. 199.

Zweyte Abtheilung.

Ueber Verbindlichkeiten.

§. 82.

1) Natur der Verbindlichkeit überhaupt. 1) Ausschliessung des Entsagens und der Willkühr.

Der Begriff der Verbindlichkeit als einer moralischen Nothwendigkeit lehrt durch sich selbst, 1) dafs der Verpflichtete auf keine Weise nach Willkühr darüber verfügen, und sich derselben entziehen kann. Er kann daher seine Verpflichtung weder einseitig auf einen andern übertragen [*d*], noch sich durch Willkühr den Befehlen der Gesetze entziehen. Ein gesetzwidriges Geschäft ist daher im Zweifel mit allen Anhängen null und nichtig [*e*], und hat nur dann rechtliche Folgen, wenn die Gesetze diefs ausnahmsweise gestatten, wie diefs in Ansehung aller natürlichen Rechtsgeschäfte der Fall ist, worüber die bürgerlichen Gesetze Vorschriften enthalten, weil diese nur im Zweifel als Auslegungs-Regeln den Richter leiten sollen [*f*]. Hat indefs Jemand wissentlich wider die Gesetze gezahlt, so kann er selbst, wenn besondere gesetzliche Vorschriften keine Ausnahme machen, das Gezahlte vom Empfänger nicht zurückfodern [*g*], weil Niemand befugt ist, seine eignen Handlungen als widerrechtlich anzufechten [*h*].

§. 83.

Fortsetzung.

Eine einmal anfangs nichtige Handlung wird durch sich selbst in der Folge nicht gültig [*i*], wenn nicht neue Facta hinzukommen, welche

[*d*] L. 1. C. de novat. (8. 42.)

[*e*] L. 7. §. 16. de pact. (2. 14.) L. 5. C. de LL. (1. 14.). Weber nat. Verb. §. 64. 74. Andre Ideen haben Vinnius quaest. sel. L. 1. c. 1. Voet L. 1. T. 3. n. 16. Hommel rhaps. Obs. 213. I. R. Raysius de irrito effectu legis. Giess. 1703. §. 17. Pütter theor. general. de nullitat. §. 17. 20. (in opusc.).

[*f*] L. 7. §. 5. de pact. (2. 14.). L. 72. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. §. 6. depos. (16. 3.) L. 23. 27. de R. I. (50. 17.). Weber a. a. O. §. 54. 102.

[*g*] Weber a. a. O. §. 48. 75—77. 91.

[*h*] L. 25. pr. de adopt. (1. 7.) Tit. P. de condict. ob turp. causs. (12. 5.) S. Stryk de impugnatione facti proprii. Frkf. ad V. 1688.

[*i*] L. 29. de R. I. (50. 17.) L. 83. §. 5. de V. O. (45. 1.). Averanii int. L. 4. c. 22.

den vorhandenen Mangel verbessern, wohin besonders, aber unter verschiedenen Wirkungen, die Genehmigung (ratihabitio) gehört [*k*]. Hat der Verpflichtete seine Verbindlichkeit theils übertreten, theils derselben gemäfs gehandelt; so wird das Gültige, sofern es für sich selbst bestehen kann, durch das Ungültige nicht vernichtet [*l*], und das Gesetzmäfsige kann als ein, von dem intendirten verschiedenes Geschäft erhalten werden, welches man conversio actus iuridici nennt [*m*].

§. 84.

Ausnahme bey alternativen Verbindlichkeiten.

Nur bey alternativen Verbindlichkeiten, d. h. solchen, da entweder diefs oder ein Anderes zu leisten ist, hat der Schuldner einige Willkühr, nämlich das Recht der Wahl [*n*], so wie bey den einfachen Verbindlichkeiten, wobey der Gläubiger nur einfach klagen, der Schuldner aber der Klage durch Leistung eines andern Objects ausweichen kann [*o*]. Im Zweifel hat der Schuldner diefs Wahlrecht [*p*], selbst beym Zurückfodern des Zuvielgegebenen [*q*], wenn nicht eine Correalverbindlichkeit doppelt erfüllt ist [*r*]; doch kann es auch der Gläubiger

[k] Ein Geschäft, welches blofs darum nichtig war, weil ein Andrer es nicht genehmigt hatte, wird durch dessen Genehmigung rückwärts gültig. L. ult. pr. C. ad SCt. Maced. (4. 28.). Die nachherige Billigung des Urhebers des Geschäfts unter andern Umständen hat keine rückwirkende Kraft L. 65. §. 1. de rit. nupt. (23. 2.), und eben so die Genehmigung des Dritten, welcher ein, Namens seiner gültig geführtes Geschäft ratihabirt. L. 9. de negot. gest. (3. 5.) L. 9. C. eod. (2. 19.). Meine Vers. 2. B. n. 10.

[*l*] L. 5. §. 2. L. 31. §. 4. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 29. de usur. (22. 1.). Ueber die Ausnahmen an seinem Ort. S. überh. C. F. Harprecht de effect. act. nulliter gesti. Tub. 1750. G. L. Crell de fructu et effectu negotii inutilis, nulli et imperfecti, in dessen Diss. n. 9.

[*m*] Hofacker princ. iur. R. G. T. 1. §. 221.

[*n*] L. 34. §. 6. de contr. emt. (18. 1.)

[*o*] z. B. L. 2. C. de resc. vend. (4. 44.) Cocceii I. C. L. 18. Tit. 5. qu. 4.

[*p*] L. 34. §. 6. de contr. emt. (18. 1.) L. 138. §. 1. de V. O. (45. 1.) Hert de electione ex obligat. alternativ. Sect. I. (in opusc. Vol. 1. T. 3.) besonders I. A. Kurrer de obligat. alternativa. Tubing. 1686. I. G. Chladenius de iure debitoris circa elect. in caussis altern. Viteb. 1725.

[*q*] L. penult. C. de cond. indeb. (4. 5.) Thomasius D. de promiss. rei incert. §. 53. Voet L. 12. T. 6. n. 5.

[*r*] L. 21. de condict. indeb.

durch besondere Dispositionen erlangen [*s*]. Der Schuldner überträgt im Zweifel stets das ihm zustehende Wahlrecht auf seine Erben [*t*], und eben so der Gläubiger, obgleich ihm die Cession nicht erlaubt ist [*u*], so daſs selbst dann, wenn das Wahlrecht durch Vertrag erworben war, seine Erben an seine Stelle treten [*x*]. Soll aber Jemand für einen Dritten wählen, so erlischt mit seinem Tode das ganze Wahlrecht [*y*].

§. 85.

Erlöschen der alternat. Verb.

In Rücksicht der Fortdauer und des Erlöschens alternativer Verbindlichkeiten gelten im Ganzen die allgemeinen Grundsätze [*z*]. Nur das Eigenthümliche findet hier statt, daſs die einmal getroffene Wahl ein ferneres Wahlrecht aufhebt [*a*], und daſs das Erlöschen durch Untergang des Objects hier besonders modificirt ist. Ist A) der Zufall keinem Theil beyzumessen, so wird der Schuldner nur dann ganz frey, wenn alle Objecte des Wahlrechts untergehen [*b*], gesetzt auch, der Gläubiger sollte eine der Sachen auf andre Art erworben haben [*c*]. B) Veranlaſste ein Theil durch Verzug, oder auf andre Art den Untergang, und zwar a) der Schuldner, so leistet er natürlich in Gemäſsheit seiner Verbindlichkeit Entschädigung, wenn alle Objecte vernichtet wurden. Bleibt hingegen eines übrig, so hat der Gläubiger unbedingt das Recht, die existirende, oder den Werth der vernichteten Sache zu fodern, er habe sich nun die Wahl bedungen, oder nicht [*d*].

(12. 6.) Kurrer l. c. cap. 7. n. 13. 14.

[*s*] L. 10. §. 6. de iure dot. (23. 3.) L. 112. de V. O. (45. 1.)

[*t*] Kurrer l. c. cap. 6. n. 82. 83.

[*u*] L. 76. L. 141. pr. de V. O. (45. 1.) Kurrer l. c. n. 105 — 114. I. H. L. Lueders de iuribus ex cessione. Rost. 1780. §. 11. A. M. sind Olea quaest. L. 1. n. 33. Donell comm. L. 15. c. 34.

[*x*] L. 75. §. 3. de leg. 1. (30.) L. 19. de optione (33. 5.) Kurrer l. c. n. 97. Hert l. c. Sect. 4. §. 1. A. M. sind Hilliger in Don. enucl. L. 15. c. 2. lit. d. Hunnius resol. L. 3. Tr. 4. qu. 15. Thomasius l. c. §. 6.

[*y*] L. ult. §. 1. de V. O. (45. 1.) §. 1. I. de emt. (3. 24.) Kurrer l. c. n. 98 — 102.

[*z*] Kurrer l. c. cap. 7.

[*a*] L. 106. L. 112. pr. L. 138. §. 1. de V. O. (45. 1.) Thomasius l. c. §. 53. 54.

[*b*] L. 34. §. 6. de contr. emt. (18. 1.).

[*c*] L. 16. de V. O. (45. 1.) Kurrer l. c. n. 16 — 23.

[*d*] L. 95. pr. §. 1. de solut. (46. 3.). Kurrer l. c. n. 34 — 38.

War aber b) die Schuld auf Seiten des Gläubigers, so wird der Schuldner durch den Untergang auch nur eines der alternativ versprochenen Objecte ganz befreyt [*e*].

§. 86.

2) Möglichkeit der Handlung.

Das Nothwendige muſs möglich seyn. Eine Verbindlichkeit kann also 2) nicht gedacht werden, wenn der Gegenstand derselben physisch unmöglich ist [*f*], oder in der Folge ward (rei interitus s. lato), obgleich der Verpflichtete, welcher sich selbst in diese Lage gebracht hat, angehalten werden kann, den Berechtigten auf andre Art zu entschädigen [*g*].

§. 87.

3) Verpflichtung zur Zahlung. Hiezu gehört,

Wer verpflichtet ist, muſs ferner 3) alles dasjenige, was den Gegenstand der Nothwendigkeit ausmacht, genau erfüllen. Die Leistung desjenigen, wozu man verpflichtet ist, heiſst im Allgemeinen Zahlung (solutio), obgleich dieser Ausdruck im engeren Sinn nur zur Bezeichnung der Entrichtung einer Geldsumme gebraucht wird [*h*].

§. 88.

A) daſs sie dem Gläubiger geschehe.

Zur Zahlung gehört, 1) daſs dieselbe dem Gläubiger, oder, falls derselbe unfähig ist, sich von Rechtsverhältnissen zu befreyen, dessen Vorstehern geschehe [*i*]. Ist Jemand bey Errichtung eines Geschäfts als solcher mit genannt, dem Zahlung geleistet werden könne (adiectus), oder hat der Gläubiger einen andern zur Einhebung der

[*e*] L. 105. de V. O. (45. 1.) L. 72. pr. de solut. (46. 3.) Kurrer l. c. n. 39 — 42.

[*f*] L. 185. de R. I. (50. 17.).

[*g*] L. 2. §. 1. L. 3. de peric. et comm. rei vend. (18. 6.) L. 95. §. 1. de solut. (46. 3.).

[*h*] L. 52. 54. de solut. (46. 3.) L. 47. 176. de V. S. (50. 16.). W. A. Lauterbach D. de solution. Tub. 1659. B. Brissonius de solut. et liberat. Par. 1557. auch in dessen op. min. Lugd. Batav. 1747. cum not. Trekellii. Freyer de solut. 1660. 4. E. G. C. Klügel de solut. et liberat. Viteb. 1776. I. G. A. Weidner von der Zahlung und Angabe an Zahlungsstatt. Jen. 1799. 8.

[*i*] L. 15. de solut. (46. 3.) L. 11. de R. I. (50. 17.) §. 2. I. quib. al. lic. vel non (2. 8.). S. überh. G. A. Caroc (praes. M. Grafs) de solut. tertio fact. Tub. 1704.

Schuld bevollmächtigt: so kann diesem gleichfalls gezahlt werden [k], und dem adiecto sogar wider Willen des Gläubigers [l], doch muſs derselbe dem letzten das Empfangene herausgeben [m]. Ist die Einhebungsvollmacht des Mandatars widerrufen, so wird der zahlende Schuldner frey, wenn ihm der Widerruf unbekannt war [n], nicht aber wenn jener sich mehr, oder etwas anderes zahlen läſst, als worauf seine Vollmacht lautet [o]. Als Bevollmächtigter ist auch der anzusehen, dem eine Foderung verpfändet ist [p].

§. 89.

Fortsetzung.

Ist die Zahlung auf andre Weise einem Dritten geschehen, so wird der Schuldner nicht befreyet, ausgenommen wenn es der Gläubiger genehmigt [q], oder die Zahlung ihm nützlich wird [r]. Deshalb wird er denn auch frey, wenn er dem Gläubiger seines Gläubigers mit Nutzen zahlt [s]. Ein unumstöſslicher Machtspruch des Regenten, kraft dessen an einen Dritten gezahlt ist, hebt natürlich auch die Verbindlichkeit des Schuldners auf [t].

§. 90.

B) Zahlungsfähigkeit.

Nach der Strenge kann 2) nur der bezahlen, dem die Schuld obliegt, und dessen Bevollmächtigter, oder, falls der Schuldner nicht frey über sein Vermögen disponiren darf, der Vorgesetzte desselben [u]. Indeſs ist es erlaubt, daſs jeder Dritte, selbst wider Willen des Schuldners, für denselben zahlen kann; doch wird durch das, nicht unver-

[k] L. 11. de pact. (2. 14.) L. 180. de R. I. (50. 17.) L. 10. L. 12. §. 1. de solut. (46. 3.) G. Rudelius de adiecto. Altd. 1692.

[l] L. 71. pr. L. 106. eod.

[m] L. 131. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 10. h. t. (46. 3.).

[n] L. 12. §. 2. L. 38. §. 1. de solut. (46. 3.).

[o] L. 12. pr. L. 68. eod. L. 10. C. de procurat. (2. 13.) Müller ad Leyser Obs. 877.

[p] L. 18. pr. de pignor. act. (13. 7.) L. 4. C. quae res pignor. obligar. (8. 17.).

[q] L. 13. L. 58. de solut. (46. 3.).

[r] L. 15. 61. eod.

[s] L. 6. de dol. mal. et met. exc. (44. 4.) L. 11. §. 5. de pignor. act. (13. 7.) F. A. Künhold de eo quod invito altero in solut. fac. licet. Lips. 1723. §. 18. Leyser Sp. 528. m. 3. vergl. mit Müller Obs. 878.

[t] Weidner a. a. O. §. 20.

[u] §. 2. I. quib. alien. lic. vel

nünftige Verbot des Schuldners dem Dritten jeder Anspruch auf Entschädigung abgeschnitten, wenn er sich nicht die Klagen des Gläubigers abtreten läſst, und in allen Fällen der befreyte Schuldner nicht beweist, daſs er durch die Zahlung wirklich in seinem Interesse verletzt sey [x].

§. 91.

C) Absicht zu zahlen.

Was ferner 3) als Zahlung gelten soll, muſs in der Absicht, die Schuld zu tilgen, gegeben seyn. Ist dieſs nicht der Fall, so erhält der Gläubiger nur die Rechte darauf, welche der Schuldner ihm übertragen wollte [y].

§. 92.

D) Leistung des bestimmten Objects.

Die Natur einer Verbindlichkeit erfodert, 4) daſs grade derjenige Gegenstand, worauf dieselbe gerichtet ist, geleistet werde. Der Gläubiger kann daher, es sey vom Geben oder Thun die Rede, auf Uebergabe der Sache, und Leistung des Facti dringen, und der Schuldner darauf verurtheilt werden [z], obgleich der Gläubiger von dem ungehorsamen Schuldner auch das Interesse fodern kann [a]. Jedoch finden im ersten Fall keine weiteren, als die gewöhnlichen gerichtlichen Zwangsmittel gegen den Schuldner statt [b].

non. (2. 8.). I. N. Hert de solut. pro al. facta. Giess. 1701. (opusc. V. II. T. 3.) G. A. Caroc de solut. tert. facta. Gryph. 1705.

[x] L. ult. de negot. gest. (3. 5.) L. 14. §. 13. de religios. (11. 7.) L. 3. C. de hered. vel act. vend. (4. 39.) L. 40. mandat. (17. 1.) L. ult. C. de negot. gest. (2. 19.) Hert l. c. Sect. 2. §. 7. Künhold l. c. §. 9. Pufendorf T. 1. Obs. 130.

[y] L. 19. pr. de R. C. (12. 1.) L. 55. de solut. (46. 3.).

[z] §. 2. I. de donat. (2. 7.) pr. I. de emt. (3. 24.). L. 28. de donat. (39. 5.) L. 13. §. 4. ad SCt. Trebell. (36. 1.) L. 17. §. 2. L. 44. de manum. test. (40. 4.). Durch diese Unterscheidungen zwischen Klage, Urtheil und Execution werden widerlegt Fachineus contr. L. 2. c. 30. Thomasius D. an promissor facti liberetur praestando id quod interest. Hal. 1721. Mascov de constit. possessor. §. 14. Vergl. noch über die Literatur dieser Controverse Emminghaus ad Cocceii L. 2. T. 14. qu. 42. Glück Comm. §. 316.

[a] L. 13. §. 1. de re iudic. (42. 1.) L. 1. pr. de act. E. V. (19. 1.) L. 4. C. eod. (4. 49.) L. 17. C. de fide instr. (4. 21.).

[b] L. 68. de R. V. (6. 1.) L. 15. de re iud. (42. 1.) L. 3. ne vis fiat ei (43. 4.) L. 34. 35. §. 3.

§. 93.

also in der Regel nicht datio in solutum.

Nur in dem Fall, wenn der Schuldner eine Geldsumme zu bezahlen hat, der Gläubiger ihn drängt, und jener auf keine Art Geld zu erhalten weiſs, ist es dem Schuldner erlaubt, dem Gläubiger, unter Bestellung gehöriger Sicherheit wegen der Eviction, seine besten Sachen anzubieten, und nach einer gerichtlichen Schätzung zu überlassen [*c*]. Man nennt dieſs die Wohlthat der Angabe an Zahlungsstatt (datio in solutum) [*d*].

§. 94.

E) Nicht theilweise.

Ist ein Schuldner in der Lage, daſs ihm eine ganze Verbindlichkeit allein obliegt, so muſs er 5) dieselbe, wenn sie eine einzige Verbindlichkeit ist [*e*], oder, wie eine Waarenschuld, als solche, betrachtet wird [*f*], auf Einmal erfüllen, und darf dem Gläubiger keine theilweise Zahlung aufdringen [*g*]. Nur dann muſs sich der Gläubiger dieſs gefallen lassen, wenn entweder der einbehaltene Theil der Schuld noch streitig [*h*], oder der Schuldner ohne sein Versehen in Vermögensverfall gerathen ist, und dadurch, daſs er alles auf einmal bezahlen müſste, gänzlich zu Grunde gerichtet werden würde [*i*].

§. 95.

F) Am gehörigen Ort.

Der Schuldner ist 6) verpflichtet, am gehörigen Orte zu zahlen [*k*]. Man unterscheide hierüber: I) Die Leistung besteht in

de procurat. (3. 3.) L. 36. de liberal. causs. (40. 12.) L. 2. 7. C. de exec. rei iudic. (7. 53.).

[*c*] Nov. 4. cap. 3. I. R. A. §. 172.

[*d*] S. Stryk de benef. dat. in solutum. Frkf. 1616. (op. T. 1. n. 9.). H. Schönfeld de dat. in solut. Alt. 1693. G. Wernher D. de benef. dat. in sol. Helmst. 1660. Cramer Wetzl. Nebenst. P. 114. Leyser Sp. 531.

[*e*] L. ult. quib. mod. pign. solv. (20. 6.).

[*f*] Hellfeld iurispr. for. §. 1928.

[*g*] L. 13. §. 8. de act. emt. (19. 1.) L. 9. C. de solut. (8. 43.) P. Schulz de solut. particular. Frkf. 1682. P. Müller de solut. minor. summ. in deduct. maior. Ien. 1711. C. L. Crell de solut. particulari. Viteb. 1756.

[*h*] L. 21. de R. C. (12. 1.).

[*i*] Die Praxis dehnt wenigstens den I. R. A. §. 174. dahin aus. R. C. Henne de creditore ad partic. solut. acceptandam in nonnull. casibus obligato. Erf. 1775.

[*k*] I. S. Stryk de loco solutionis. Hal. 1705.

Herausgabe einer unbeweglichen Sache: dann versteht es sich, daſs der Ort, wo sie gelegen ist, nur der einzige seyn kann. II) Ist von einer andern Leistung die Rede, so kann der Gläubiger entweder 1) den Verpflichteten durch eine, eine bewegliche Sache verfolgende dingliche Klage belangen: in diesem Fall muſs die Sache, nach Gefallen des Klägers, an dem Ort, wo sie liegt, oder wo geklagt wird, ausgeliefert werden, jedoch so, daſs der Transport der Sache, wenn der Beklagte in gutem Glauben ist, auf Kosten des Klägers geschieht [*l*]. Ist 2) die Verpflichtung von anderer Art, so ist, A) im Fall über den Zahlungsort besondere Bestimmungen da sind; diesen nachzugehen, und zwar wird, wenn mehrere Orte verbunden genannt sind, die Verbindlichkeit getheilt; sind sie alternativ angegeben, so hat bis zur Klage der Schuldner, von da an aber der Gläubiger die Wahl [*m*]. Wider Willen des Gläubigers kann der Schuldner an keinem, als dem bestimmten Orte zahlen [*n*]; doch leidet dieſs eine Ausnahme, wenn dieser Ort nicht zugänglich ist [*o*], und allenfalls auch, wenn der Gläubiger durch die, dem Schuldner vortheilhafte Veränderung durchaus keinen Schaden leidet [*p*]. Der Gläubiger dagegen kann, wenn er ein Interesse dabey hat, und die Zahlung, es sey durch, oder ohne Nachlässigkeit, am gehörigen Orte nicht erfolgt ist, verlangen, daſs ihm der Schuldner an einem andern, als dem bestimmten Ort zahle [*q*], nur muſs er denselben entschädigen, wenn ihm dieſs nachtheilig ist, selbst wenn er sich säumig hat finden lassen [*r*]; doch kann der Schuldner, wenn es ihn sehr interessirt, an dem bestimmten Orte zu zahlen, und zwar, wenn er bisher säumig war, gegen Caution, daſs er hier zahlen wolle, von den Foderungen des Gläubigers sich befreyen [*s*]. Wenn aber B) nichts ausgemacht ist, so läſst sich, bey dem Abgang besondrer Gesetze, keine mehr natürliche

[*l*] L. 10. de R. V. (6. 1.).

[*m*] L. 2. §. 2. 3. 4. de eo quod certo loco (13. 4.).

[*n*] L. 9. eod.

[*o*] Lauterbach D. de solut. §. 34. Idem Diss. de oblatione §. 8.

[*p*] L. 2. pr. eod. Stryk l. c. cap. 2. §. 21.

[*q*] L. 1. L. 2. pr. eod. §. 33. I. de act. (4. 6.). L. un. C. eod. (3. 18.).

[*r*] L. 2. §. ult. L. 4. §. 1. eod. §. 33. I. cit. Lauterbach coll. L. 13. Tit. 4. §. 9.

[*s*] L. 4. §. 1. eod.

Regel aufstellen, als die: die Rückgabe einer Sache muſs da geschehen, wo sie empfangen ist, jede andre Leistung im Zweifel da, wo der Schuldner sich aufhält [t]. Kommt es zur Klage, so kann freilich eine Species da gefodert werden, wo sie ist, eine Gattung da, wo geklagt wird [u].

§. 96.

Fortsetzung. Condictio de eo quod certo loco.

In bonae fidei Geschäften kann, wenn der Schuldner nicht am bestimmten Orte zahlt, durch die Contractsklage in dem ordentlichen Gerichte des Schuldners die Leistung an einem andern Orte verlangt werden [x]. War bey den Römern das Geschäft stricti iuris, so muſste der Gläubiger nach der Strenge an dem bestimmten Zahlungsorte klagen, und es abwarten, daſs der Schuldner sich hier treffen lieſs [y]. Der Billigkeit wegen gestattete indeſs der Prätor, daſs man auch aus solchen Geschäften den Schuldner überall, d. h. in seinem ordentlichen Gerichte [z], belangen, und auf Zahlung an einem andern Orte, nach den obigen Bestimmungen dringen konnte; nur muſste der eigentliche Zahlungsort in der Klagformel nebenbey angegeben werden. Dieser Beysatz zu der Hauptklage ist das, was man condictio de eo quod certo loco nennt [a].

§. 97.

G) Leistung der gehörigen Qualität.

Zur vollständigen Erfüllung einer Verbindlichkeit gehört ferner, 7) daſs das Object derselben in der gehörigen Qualität geleistet werde [b]. Worin diese bestehe, muſs in einzelnen Fällen durch Beurtheilung ausgemittelt werden,

[t] Ueber die mancherley Meynungen s. Leyser Sp.528. m. 10. Huber L. 46. T. 3. §. 7. Voet eod. Tit. §. 12. Struben 3. B. 42. Bed. Hommel Rhaps. Obs. 140. Müller ad Leyser Obs. 880.

[u] L. 38. de iudic. (5. 1.).

[x] L. 7. de eo quod certo loc. (13. 4.).

[y] L. 1. eod.

[z] L. 16. §. 1. de const. pecun. (13. 5.) L. 43. de iudic. (5 1.) vergl. mit L. 19. §. ult. eod. Thomasius ad Huber L. 13. T. 4. §. 1.

[a] §. 33. I. de act. (4. 6.) Tit. P. de eo quod cert. loc. (13. 4.) Tit. C. eod. (3. 18.). I. Strauch de condict. de eo quod certo loco. Ien. 1674. Duarenus ad Tit. D. de eo quod certo loco. (in oper. Frkf. 1592. p. 924. fgg.).

[b] L. 72. §. 5. de solut. (46. 3.).

und läfst sich nicht durch Regeln bestimmen. Nur in Ansehung der Bezahlung einer Geldschuld bedarf es einiger Erörterungen [c], so wie in Betreff der Frage: wie nach Verschiedenheit der Orte die Qualität und Quantität zu bestimmen ist?

§. 98.

Ueber Münzsorten insbesondere.

Man mufs bey jeder Münze die Art (Sorte), und den Gehalt oder Werth derselben unterscheiden, und in Ansehung des Werths den inneren von dem äufsern. Jener liegt theils in der Schwere (Schroot), theils in der Art des Metalls (Korn); dieser hingegen hängt ab theils von der Summe, welche man in andern Münzsorten für sie bezahlt (Cours), theils von der Menge der Sachen, welche man für sie erhalten kann (der von manchen sogenannte aufserordentliche Courspreis).

§. 99.

Fortsetzung.

Was das Gesetz als wirklich angenommen wissen will, mufs der Unterthan als wirklich betrachten, gesetzt es sollte auch nicht wirklich seyn. Wenn also durch Gesetze eine Münze für ganz ungültig erklärt (widerrufen) wird, so darf ein Unterthan seinem Mitunterthanen keine Zahlung damit leisten [d]. Aus gleichen Gründen müssen Unterthanen unter sich den gesetzlich erhöheten, oder verringerten, oder (wie bey Assignaten) geschaffenen Werth gelten lassen, und keiner darf einseitig dem andern den wahren Werth in Rechnung bringen.

[c] S. überh. I. S. Boehmer de solut. pecuniar. mutata monetae bonit. Frankf. ad V. 1742. G. S. Madihn D. sistens causs. debitoris circa pecun. solut. mutato post. contr. numm. valore. Hal 1762. I. T. Seger de mutat. monet. valor. Lips. 1763. (in opusc.). Bynkershoek Obs. L. 1. c. 9. Averanii interpr. L. 3. c. 10. fgg. Leyser med. Sp. 529. (Gunden) Betracht. über das Recht bey der Bezahl. in veränderten Münzen. Braunschw. 1764. I. L. Schmidt Abh. v. d. Münzsorten. 2. Aufl. Jen. 1782. 4. und dazu: dessen rechtl. Entsch zur Erläut. d. Abh. v. den Münzsorten. Jen. 1789. 4. I. G. Dieze Vers. einer Beantw. d. Frage: wie eine Geldschuld abzutragen etc. Frankf. 1791. G. Hufeland primae lineae iuris circa pecuniam privati. Partic. prima. Jen. 1803.

[d] L. 24. §. 1. de pignor. act. (13. 7.).

§. 100.

Fortsetzung.

In Betreff der Art, wie eine Geldschuld zu zahlen ist, muſs man, bey dem Abgange allgemeiner gesetzlicher Vorschriften, nach der Natur der Sache folgende Regeln annehmen: 1) Liegt es bloſs in der Verbindlichkeit, daſs eine gewisse Summe bezahlt werde, so kann der Schuldner in beliebigen Sorten, nach dem usuellen, oder gesetzlichen Cours derselben, Zahlung leisten, nur dürfen die Sorten nicht widerrufen seyn. 2) Ist bestimmt, daſs in gewissen Sorten nach Stückzahl die Schuld abgetragen werde, so bleibt es dabey, und der veränderte Werth kommt, das Absetzen abgerechnet, nicht in Betracht; doch kann in andern Sorten gezahlt werden, wenn die schuldigen gar nicht, oder, wenigstens bey Legaten, nicht ohne groſse Kosten zu erhalten sind [e]. 3) Ist beides, sowohl die Summe, als die Sorte bestimmt, so müssen so viel Stücke der Sorte gegeben werden, bis die Summe voll ist. Bey Wiederbezahlung einer Summe in bestimmten Sorten kann dann, je nachdem der innere Werth vermindert, oder erhöhet ist, der Fall eintreten, daſs an Stückzahl mehr oder weniger, als der Schuldner empfing, zurückgegeben werden muſs, welches man Berechnung des **Agio** nennt [f]. 4) Muſs der Schuldner, wie dieſs beym Darlehn der Fall ist [g], das Empfangene bloſs nach dem innern Werth zurückgeben, den es zur Zeit des Empfangs hatte, so darf er in beliebigen Sorten zahlen, sofern die hieraus entstehenden Beschwerden dem Gläubiger keinen Nachtheil bringen [h], wohin die Vorschrift gehört, daſs der, welcher ein Capital zu zahlen hat, nicht mehr als 25 Gulden kleine Sorten zur Zahlung bringen solle [i]. Dagegen aber müssen die Sorten nach ihrem innern Werth gegeben und angenommen werden. Ist dieser verringert (z. B. durch Abnutzen), so müssen mehr Stücke gezahlt werden, ist er vermehrt, so braucht der Schuldner nicht so viele zu geben. Zu der Verringerung und Erhöhung gehört auch hier unter Unterthanen, nach dem obigen,

[e] L. 71. §. 3. de leg. 1. (30.) L. 14. §. 2. de leg. III. (32.).

[f] I. G. **Estor** de permisso et vetit. collybo, quem Agio vocant. Marb. 1785.

[g] L. 3. de R. C. (12. 1.).

[h] L. 99. de solut. (46. 3.). **Struben** 3. B. 2. Bed.

[i] R. A. v. 1576. §. 76.

jede gesetzliche Minderung und Mehrung des Werths; doch ist die häufig inconsequente Billigkeitsliebe der Praxis nicht hiemit einverstanden [*k*].

§. 101.

Ortsverschiedenheiten im Maafs.

Was den Werth und die Quantität nach Verschiedenheit der Orte betrifft, so ist entweder etwas darüber ausgemacht, oder nicht. In jenem Fall bleibt es dabey; im letzten Fall hingegen mufs bey Bestimmung des, vom Schuldner zu leistenden Werthes, und des Maafses, auf den Ort gesehen werden, wo die Zahlung zu leisten ist; doch kann, wenn nichts namentlich über den Zahlungsort ausgemacht ist, und wenn es zur Klage kommt, der Gläubiger auch den Werth fodern, welchen die Sache am Ort der erhobenen Klage hat [*l*].

§. 102.

H) Leistung zur gehörigen Zeit. Ueber den Verzug.

Jede Verbindlichkeit mufs 8) zur gehörigen Zeit erfüllt werden, obgleich nach billigem Ermessen, mit Rücksicht auf die Umstände, der Termin wohl durch den Richter etwas erweitert werden kann, ohne dafs jedoch eintretende Feiertage an sich den Anfang des Verzugs hinaussetzen [*m*]. Wird die Verbindlichkeit widerrechtlich [*n*] nicht zur gehörigen Zeit erfüllt, so heifst diefs Verzug [*o*]. Ein solcher Verzug kann stattfinden theils von Seiten des Schuldners (mora praestandi, vel solvendi), welcher nicht zur gehörigen Zeit zahlt, theils von Seiten des Gläubigers (mora

[*k*] Hofacker princ. iur. R. G. T. 3. §. 1871.

[*l*] L. 22. de R. C (12. 1.) L. ult. de cond. tritic. (13 3.) L. 3. §. 3. 4. de act. E. V. (19. 1) L. 3. de reb. auct. iudic. (42. 5.) L. 21. de O. et A. (44. 7.). Cocceii I. C. L. 18 T. 1. qu. 9. Voet Comm. L. 13. T. 3. §. 4. L. 46. T. 3. §. 8

[*m*] L. 137. §. 2 de V O. (45. 1.). G. W. Dinkler de debitore die solvendi destinato in ferias divin. incidente solvere obstricto. Lips. 1725.

[*n*] L. 40. in f. de reb. cred. (12. 1.) L. 21. de usuris (22. 1.).

[*o*] S. überh. A. Ferretus de mora et interesse. Lugd. 1564. Frkf. 1586. Osnbr. 1675. H. de Cocceii de mora. Heidelb. 1680. (Exerc. T. 1. n. 59.) C. F. G. Meister D. morae notion. iuridicam sistens (opusc. T. 1.) C. G. Wehrn doctr. iur. explicatr. princ. et causs. damni etc. Lips. 1795. p. 292-346.

accipiendi), welcher die Sache nicht zur gehörigen Zeit in Empfang nehmen will [p], wohin auch der Fall gehört, wenn er einer nothwendigen Liquidation ausweicht [q].

§. 103.

Dessen Wirkungen. Die Wirkungen des Verzugs sind theils gemeinschaftliche, theils einer Art desselben eigenthümliche. I) Allgemeine Wirkungen sind, 1) dafs die Verbindlichkeit perpetuirt wird, d. h. dafs der Säumige die Gefahr der Sache trägt [r]; doch ist der säumige Schuldner, den Dieb und gewaltsamen Besitzer ausgenommen [s], alsdann vom Schadensersatz frey, wenn die Sache ungeachtet der Ablieferung auch bey dem Gläubiger den Zufall würde erlitten haben [t], welches der Säumige zu beweisen hat [u]; 2) durch den Verzug wird alles, auf den Fall desselben versprochene, verwirkt [x]. II) Der Verzug des Schuldners hat zur Folge 1) die Verpflichtung, Zinsen, wenigstens bey den Römern in bonae fidei iudiciis, so wie die Pflicht, Früchte und das Interesse zu zahlen [y]; doch können diese Nebendinge, wenn der Säumige nicht arglistig verfuhr [z], nach erloschener Hauptklage durch keine besondere Nebenklage eingefodert werden [a]; 2) der Gläubiger kann die ihm obliegende Gegenverpflichtung so lange unerfüllt lassen, bis der Schuldner das Seinige geleistet hat [b]; 3) der Säumige ist wegen des gering-

[p] L. 37. mandati (17. 1.) L. 72. pr. de solut. (46. 3.) R. Teller de mora creditoris. Lips. 1765.

[q] L. ult. C. de usur. pupillar. (5. 56.).

[r] L. 58. §. 1. de fideiussor. (46. 1.) L. 19. C. de usuris (4. 32.) L. 24. in f. de usuris (22. 1.) L. 91. §. 3. de V. O. (45. 1.) Donell comm. ad L. 91. de V. O. Pufendorf T. 3. Obs. 160.

[s] L. 8. §. 1. L. ult. de cond, furtiv. (13. 1.) L. 9. C. de furt. (6. 2.). Wehrn l. c. p. 318. not. 21.

[t] L. 14. §. 1. deposit. (16. 3.) L. 45. de O. et A. (44. 7.). G. Prousteau recit. ad L. 23. de R. I cap. 27. §. 23 — 29. Meermann Th. T. 3.). I. A. Reichardt de oblig. casum tollente. Ien. 1767. §. 5.

[u] Prousteau l. c. §. 28.

[x] L. 40. de R. C. (12. 1.).

[y] L. 3. pr. L. 32. §. 2. L. 38. §. 1. 14. de usur. (22. 1.). L. 17. §. 1. de r. v. (6. 1.).

[z] L. 61. §. 3. de furt. (47. 2.) L. 78 de R. I. (50. 17.) Glück Comm §. 331.

[a] L. 129. §. 1. L. 178. de R. I. (50. 17.) L. 26. pr. C de usur. (4. 32.) L. 4. C. depos. (4. 34.).

[b] L. 13. §. 8. L. 25. de act.

sten Versehens verantwortlich [c]; 4) der Gläubiger erhält daraus bey alternativen Verbindlichkeiten zwar nicht allgemein [d], aber doch in einigen Rücksichten, das, dem Schuldner sonst zugestandene Recht der Wahl [e], und kann 5) von einem Vertrage ganz abgehen, wenn ihm derselbe durch den Verzug unnütz geworden ist [f]; 6) der Werth der Sache, welchen der säumige Schuldner auf Verlangen dem Gläubiger leisten mufs, wird durch den Verzug erhöhet [g], d. h. wenn a) die Sache zu Grunde gegangen ist, so mufs der höchste Werth gegeben werden, den dieselbe vom Anfang des Verzugs bis zu ihrem Untergange [h], sonst aber b) je nachdem das Geschäft bonae fidei oder stricti iuris war, der höchste Werth, den sie vom Anfange des Verzugs bis zum Endurtheil, oder bis zur Einlassung hatte [i]; jedoch wird im Fall eines bestimmten Zahlungs-Tages auf den, an diesem stattfindenden Werth gesehen [k]. III) Der Verzug des Gläubigers bewirkt, 1) dafs der Schuldner von allen, unter n. II. gedachten Strafen des Verzugs befreyt bleibt [l]; 2) dafs der Schuldner nur blofs noch wegen grober Versehen haftet, und die Gefahr der Sache nicht trägt, wenn diese ohne ein solches Versehen zu Grunde geht [m]; 3) dafs dem Schuldner

E. V. (19. 1.) L. 21. C. de pact. (2. 3.) cap. 3. 23. X. de sponsal. (4. 1.).

[c] L. 17. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 14. §. 11. de furt. (47. 2.).

[d] L. 106. L. 138. §. 1. de V. O. (45. 1.) Kurrer de obligat. alternativa cap. 6. n. 85. Allgemein drücken sich aus Wehrn l. c. §. 48. n. III. Glück §. 330.

[e] Die Fälle s. oben §. 95. und §. 105. not. x.

[f] L. 6. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.).

[g] L. 21. §. 3. de act. E. V. (19. 1.) Vergl. überh. Huber prael. ad P. L. 13. T. 3. §. 5-10. und über die mannigfaltigen abweichenden Ideen andrer in Betreff dieses Puncts Voet eod. Tit. §. 8. Leyser Sp. 150. m. 3. Wehrn l. c. §. 70-73. Winkler Diss. de lit. conf. Sect. 2. §. 7. Sect. 3. §. 7. Pufendorf T. 2. Obs. 41. §. 14. Glücks Comm. 4. Thl. S. 418. not. 64. Medit. über versch. R. M. 5. B. n. 70.

[h] L. 3. de cond. tritic. (13. 3.).

[i] L. 3. 4. eod. L. 8. §. 1. de cond. furt. (13. 1.) L. 3. §. 3. de act. E. V. (19. 1.).

[k] L. 22. de R. C. (12. 1.) L. 4. de cond. tritic. (13. 3.).

[l] L. 122. §. 3. de V. O. (45. 1.) L. 72. pr. de solut. (46. 3.) L. 23. §. ult. L. 24. L. 43. de recept. (4. 8.).

[m] L. 17. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 9. solut. matrim. (24. 3.) L. 72. pr. de solut. (46. 3.).

bey zweyseitigen Geschäften die Einrede des nicht erfüllten Contracts nicht entgegengesetzt werden kann [n], und 4) daſs der Gläubiger, welcher den Werth einer Sache zu fodern berechtigt ist, nur den geringsten Werth verlangen kann [o].

§. 104.

Abwendung derselben.

Die Wirkungen des Verzugs werden abgewandt (mora purgatur), wenn der Säumige seine Verbindlichkeit erfüllt, oder sich zur Erfüllung bereit erklärt, bevor dieselbe förmlich der Gegenstand eines Rechtsstreits geworden ist [p], wenn die Verbindlichkeit sonst getilgt wird [q], oder der Erfüllung derselben rechtliche Gründe entgegentreten [r]. Sind Gläubiger und Schuldner säumig, so hebt sich der gleichzeitige Verzug gegenseitig, und der spätere den früheren auf [s].

§. 105.

Zeitpunct des Anfangs des Verzugs.

Die vorerwähnten Wirkungen des Verzugs treten in der Regel, selbst wenn ein Recht bedingt war, und die Bedingung in Erfüllung ging [t], nicht eher ein, als bis der Verpflichtete oder dessen Vorgesetzter [u] zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aufgefodert (interpellirt) ist (mora ex persona) [x]; jedoch kann auch durch Verträge oder Gesetze ein bestimmter Tag zur Leistung festgesetzt seyn, in welchem Fall der Verzug (mora ex re, in re, in rem) von selbst ohne Auffoderung mit seinen Folgen

[n] L. 9. §. 5. de pign. act. (13. 7.) L. 23. 25. de act. e. v. (19. 1.) L. 11. C. de usur. (4. 32.).

[o] L. 3. §. ult. de act. E. V. (19. 1.). Wehrn l. c. §. 48.

[p] L. 73. §. ult. L. 84. de V. O. (45. 1.) Wehrn l. c. p. 325. Willkührliche Einschränkungen macht Wernher lectiss. comment. L. 18. T. 3. §. 6.

[q] L. 8. pr. de novat. (46. 2.) Glücks Comm. 4. B. §. 330. a. E.

[r] L. 40. de R. C. (12. 1.) L. 21. 22. 23. de usur. (22. 1.)

[s] L. 26. L. 39. solut. matr. (24. 3.) L. 51. de act. E. V. (19. 1.) L. 17. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) Wehrn l. c. p. 330-32. Irrige Ideen hat Hellfeld iurispr. for. §. 331.

[t] Glück Comm. §. 329. not. 15. Höpfner Comm. §. 755. not. 2.

[u] L. 20. §. 11. de her. pet. (5. 3.) L. 32. §. 1. de usur. (22. 1.) L. 24. L. 49. §. 2. de V. O. (45. 1.).

[x] L. 32. pr. de usur. (22. 1.).

eintrit [y]. Für den, durch die Gesetze begründeten Verzug ist es eine wichtige Regel, daſs bey zweyseitigen Geschäften der Verzug sofort mit der von dem einen Theil geschehenen Leistung für den andern anfängt [z]. Damit den Schuldner durch Auffoderung die Wirkung des Verzugs treffe, ist ein, bloſs auſsergerichtliches Mahnen hinreichend [a]; damit hingegen diese Folgen von dem Schuldner abgewandt werden, und die Strafen des Verzugs des Gläubigers den letzten treffen, muſs der Schuldner dem Gläubiger, oder denen, welche derselbe zur Annahme bevollmächtigte [b], die Leistung dessen gehörig anbieten, was ihm zu leisten obliegt [c]. Doch kann die bey Immobilien überhaupt undenkbare, reelle Oblation offenbar nur dann vom Schuldner verlangt werden, wenn er vermöge der Natur seiner Verbindlichkeit die Sache zu dem Gläubiger hintragen muſs [d]. Die Versieglung und gerichtliche Niederlegung ist eben so wenig dazu, daſs der Gläubiger in mora versetzt werde, erfoderlich [e], und es ist eben so falsch, wenn man dieſs verlangt, als wenn man behauptet, das Anbieten hemme den Lauf der, nicht aus dem Verzuge entstandenen Verbindlichkeiten, oder wenn man leugnet, daſs der Lauf der, durch Verzug entstandenen Verbindlichkeiten dadurch nicht sistirt werde [f]. Bey

[y] L. 26. §. 1. de fideicomm. libert. (40. 5.) L. ult. C. de cond. ob turp. causs. (4. 7.). L. 12. C. de contr. vel comm. stip. (8. 38.). Die einzelnen Fälle der mora ex lege sind beyläufig anzuführen. Vergl. Wehrn l. c. §. 47.

[z] L. 13. §. 20. L. 47. in f. de act. e. v. (19. 1.) L. 5. C. eod. (4. 49.) L. 5. §. 1. 2. praescr. verb. (19. 5.).

[a] Denn sie ist keine Selbsthülfe Wehrn l. c. p. 304. not. 20. A. M. ist Madihn princ. iur. R. T. 1. §. 121.

[b] L. 11. 12. de pact. (2. 14.) L. 34. §. 3. de solut. (46. 3.). Bey einer solchen Vollmacht bedarf es denn zur mora der Wissenschaft des Principals nicht, welche Pufendorf T. 3. Obs. 168. allgemein fodert.

[c] L. 9. §. ult. de pign. act. (13. 7.) L. 73. §. ult. L. 122. pr. de V. O. (45. 1.) L. 39. L. 72. pr. de solut. (46. 3.) L. 6. 19. C. de usur. (4. 32.) Nov. 91. c. 2. I. E. Schweiling de oblatione. Bremae 1705.

[d] Diesen Mittelweg wähle man zwischen Glück Comm. §. 329. not. 27. et ibi citatis.

[e] L. 72. pr. de solutt. (46. 3.) L. 23. §. ult. L. 24. L. 43. de recept. (4. 8.) Voet L. 46. T. 3. n. 28. 29. Wehrn p. 298. fgg.

[f] L. 9. L. 19. C. de usur. (4. 32.) vergl. mit L. ult. C. de usur. pupillar. (5. 56.) L. 28. §. 1. de administr. tutor. (26. 7.) — Dieser Mittelweg ist zwischen Hellfeld D. de oblatione debiti usurar. init. non vero ear. curs. impediente. Ien.

Factis befreyet das bloſse Anbieten von der ganzen Leistung [g].

§. 106.

I) Vollständige Erfüllung.

Eine Verbindlichkeit muſs endlich 9) ganz erfüllt werden. Die theilweise, selbst beynah vollständige Erfüllung einer Verbindlichkeit wird in ihren Folgen juristisch der gänzlichen Nichterfüllung gleichgesetzt [h]. Hat indeſs der Richter die Erfüllung einer Verbindlichkeit unter Androhung einer Strafe befohlen, so fällt die letzte weg, wenn der gröſste Theil der Verbindlichkeit erfüllt ist [i]; auch gibt es gewisse Fälle, da dem Schuldner, wenn er sich nicht durch seine Geschicklichkeiten ernähren kann [k], soviel, als zu seiner Ernährung nöthig ist, gelassen werden muſs. Von dem, welchem dieses Vorrecht zusteht, sagt man jetzt, er habe die Wohlthat der Competenz (benef. competentiae) oder das privilegium deductionis [l].

§. 107.

Ausnahme bey dem b. competentiae.

Auf Gestattung der Competenz kann entweder der Schuldner selbst dringen (b. c. ex proprio iure), oder ein Dritter (b. c. ex persona tertii). Für den letzten Fall muſs man die Regel annehmen: jeder, welcher dem Schuldner etwas gegeben hat, damit er sich davon unterhalte, kann, wenn er ein Interesse dabey hat, verlangen, daſs der Gläubiger demselben den nöthigen Unterhalt lasse, aus welchem Grunde man aber weder überhaupt Regenten und Prinzen, noch auch Städten jene Wohlthat geben kann [m]. Für den ersten hingegen gilt natürlich

1778. und Wehrn l. c. p. 301. 344. 45. in notis zu wählen.

[g] L. 39. de R. I. (50. 17.).

[h] L. 47. de act. E. V. (19. 1.) L. 5. §. 3. 4. L. 85. §. 6. de V. O. (45. 1.).

[i] Cap. 9. X. de poen. (5. 37.).

[k] Coler Dec. c. 3. n. 125. Manz patrocin. debitor. Dec. 3. qu. 7. n. 128. Carpzov P. 1. c. 32. Def. 16. n. 5.

[l] Vergl. überh. Wernher Obs. P. 7. Obs. 85. E. F. Goclenius de benef. comp. Rint. 1702. E. Tenzel de eod. arg. Erf. 1719. Hellfeld de benefic. comp. ex proprio aeque ac tert. iure competent. (in opusc. n. 25.).

[m] Vergl. Manz patrocin. debitor. qu. 4. n. 137. Mevius discuss. levam. debit. c. 4. Sect. 7. n. 37. Hellfeld l. c. §. 15. fgg. mit Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. S. 508. 515. C. Horn de b. c. civitatt. non competente. Viteb. 1706.

der Grundsatz: Niemand steht die Competenz zu, welcher nicht besondere gesetzliche Privilegien darüber hat, oder beweisen kann, dafs der Kläger ihm ohnehin die Alimente geben müfste. Zu diesen privilegirten Personen gehören: 1) alle, welche vormals ihr gesammtes Vermögen ihren Creditoren abgetreten haben im Verhältnifs zu diesen Creditoren [*n*], welche aber in Concurrenz mit neuen Gläubigern den letzten nachstehen müssen [*o*]. 2) Eltern und Kinder gegenseitig [*p*]; 3) Geschwister [*q*], und die denselben gleichgesetzten, in einer allgemeinen Gütergemeinschaft stehenden Gesellschafter, nicht die besonderen [*r*]; 4) Ehegatten [*s*], so wie 5) der Patron und Freygelassene [*t*]; ferner 6) der Schenker, welcher aus der Schenkung belangt wird [*u*]; 7) der Schwiegervater, insofern der Schwiegersohn in stehender Ehe gegen ihn klagt [*x*]; 8) wahre, im Dienst des Staats befindliche Soldaten [*y*], und überhaupt der Haussohn, welcher auf sein militairisches Sondergut ausgeklagt wird [*z*], aus welchem Vorrechte der Soldaten viele, aber ohne Grund [*a*] auf Geistliche [*b*], Doctoren des Rechts [*c*], oder gar auf die Doctoren aller Facultäten und auf Advocaten einen Schlufs gemacht haben [*d*]; 9) der, aus der väterlichen Gewalt entlassene Sohn,

[*n*] §. ult. I. de aet. (4.6.) L. 4. 6. 7. de cess. bonor. (42. 3.).

[*o*] L. 3. quod cum eo (14.5.). Ulmann de locatione creditorum in iterata eiusdem debitoris cessione. Ien. 1804.

[*p*] L. 16. de re iudicata (42. 1.). I. V. Bechmann de ben. comp. Ien. 1676. c. 2. §. 1.

[*q*] L. 63. pr. pro socio (17.2.) Meine Theor. d. log. Ausl. §. 23.

[*r*] Denn darüber widersprechen sich L. 63. pr. cit. und L. 16. citat. — Mancherley Vereinigungsversuche findet man freilich bey Cocceii L. 17. T. 2. qu. 13. Voet eod. Tit. §. 20. Boehmer ius D. ibid. §. 24. Dabelow S. 161. 162.

[*s*] L. 20. de re iudic. (42. 1.). L. 35. de neg. gest. (3. 5.) L. 28. sol. matr. (24. 3.).

[*t*] L. 17. de re iudic. (42. 1.).

[*u*] L. 19. §. 1. eod.

[*x*] L. 21. 22. eod.

[*y*] L. 18. eod. Dabelow S. 506. 507. a. M. i. Hellfeld l. c. §. 12.

[*z*] L. 7. de castr. pecul. (49. 17.) L. 4. C. de exc. rei iudic. (7. 53.).

[*a*] Zufolge §. 49. Horn l. c. §. 14.

[*b*] S. Stryk U. M. L. 42. T. 3. §. ult.

[*c*] Berlich P. 1. Concl. 80. n. 53.

[*d*] A. Kaestner de b. c. advocatis competente. Lips. 1736.

welcher wegen der, unter der Gewalt von ihm contrahirten Schulden belangt wird [e], und zwar nicht lange nach aufgehobener väterlicher Gewalt [f], insofern er nämlich nichts, oder nur einen kleinen Theil, d. h. einen, der Gröfse der Schuld nicht angemessenen Theil, von der väterlichen Erbschaft erhalten hat [g]; endlich 10) wenn nach getrennter Ehe die Brautgabe zurückgefodert wird, der deshalb belangte gewesene Mann, dessen Vater und Kinder, jedoch nur bis dahin, dafs sie alles zahlen können [h]. Aus falschem Erbarmen setzen manche [i] noch alle im Kriege ruinirten Bürger hieher.

§. 108.

Fortsetzung. Die Wohlthat der Competenz fällt aber wieder in den genannten Fällen weg, 1) wenn Jemand derselben entsagt, welches jedoch dem Ehemann, aber nur diesem, verboten ist [k]; doch ist die gänzliche Cession dieses Vorrechts unerlaubt [l], weil dasselbe, wenn es auch gegen die Erben geltend gemacht werden kann [m], nicht auf die Erben activ übergeht [n], und selbst den Bürgen nicht nutzt [o]; 2) wenn er wegen einer Arglist belangt wird, und diese gegen ihn angeführt werden kann [p]; 3) wenn er schon gezahlt hat; denn sie kann in der Regel nur durch Einreden, wiewohl bis zur Execution [q], geltend gemacht werden [r]; 4) nach der, freilich nicht gehörig begrün-

[e] L. 2. pr. §. 1. L. 4. pr. quod cum eo (14. 5.).

[f] L. 4. §. 4. eod. Voet eod. Tit. §. 4.

[g] L. 2. pr. eod. Schilter Ex. 27. §. 57.

[h] L. 12. L. 13. L. 15. §. ult. L. 16. L. 18. pr. L. 28. sol. matr. (24. 3.) L. un. §. 7. C. de rei ux. act. (5. 13.). Lauterbach coll. L. 24. T. 3. §. 12.

[i] Manz patrocin. debitor. Dec. 3. qu. 2. Allein s. Horn l. c. §. 15.

[k] L. 14. §. 1. sol. matrim. (24. 3.) Hellfeld §. 8. vergl. mit Dabelow S. 164. Viele verwerfen ganz die Entsagung I. P. Surdus tr. de alimentis Tit. 8. privil. 56. n. 53. fgg.

[l] Ueber die verschiedenen Ideen: G. A. Joachim de cessione benef. comp. Lips. 1733. §. 10. fgg.

[m] L. 27. solut. matr. (24. 3.) Horn l. c. §. 18.

[n] L. 12. 13. eod. L. 24. §. 1. L. 25. de re iudic. (42. 1.).

[o] L. 24. pr. eod. L. 7. pr. de except. (44. 1.) Horn l. c. §. 17.

[p] L. 22. §. 1. de re iudic. (42. 1.).

[q] Horn l. c. §. 22. Carpzov P. 1. c. 32. def. 15.

[r] L. 17. §. 1. sol. matr. (24. 3.) L. 7. pr. de except. (44. 1.).

deten Meynung vieler, wenn der Gläubiger selbst der Alimente bedarf [s]. Uebrigens hat nur der Schenker das Vorrecht, daſs er, wenn er sich auf die Competenz beruft, vorher alle seine, aus andern Gründen entsprungenen Schulden abrechnen darf [t]; auch versteht es sich, daſs das Maaſs der Alimente allein nach dem Stande und Bedürfniſs des Schuldners zu bestimmen ist [u].

§. 109.

K) Ueber Zahlung im Fall mehrerer Schulden.

Zahlt Jemand, welcher mehrere Posten schuldig ist, so entsteht die Frage: auf welchen die Zahlung abzurechnen ist? [x]. Man unterscheide, I) der Schuldner (und was diesem gleich ist: ein Stellvertreter desselben, z. B. der Vormund, oder ein Concursgericht) bezahlt den Gläubiger. Alsdann hat entweder 1) der Zahlende erklärt, worauf er bezahlt haben wolle: so bleibt es dabey [y], 2) oder nicht. Im letzten Fall kann der Empfänger, wenn er sich a) sofort erklärt, das Empfangene bey gleichen Umständen abrechnen, auf welche Foderung er will; ist aber die eine dem Schuldner lästiger als die andre, so muſs er jene zuerst tilgen [z]. Erklärt er sich aber b) nicht sofort beym Empfange, so hat er keine weitere Wahl, und muſs die Abrechnung machen, zuerst auf die Zinsen, dann auf fällige Capitale, nachdem vorzugsweise auf das, was der Schuldner für sich selbst zu zahlen hat, nächstdem auf die ältere Schuld, und endlich auf die, welche den Schuldner sonst am mehrsten belastet [a]. Ist alles gleich, so erlischt von

Ein anderes ist der Fall, wenn er eine cessio bonorum vorgenommen hat. L. 3. 5. de cess. bonor. (42. 3.). Hellfeld §. 27. Dabelow S. 168. 169.

[s] Vergl. Goclenius l. c. §. 20. Horn l. c. §. 19.

[t] L. 19. §. 1. de re iudic. (42. 1.).

[u] Goclenius l. c. § 19. Carpzov P. 1. C. 32. Def. 16.

[x] Vergl. überh. H. Hildebrand de imputat. solut. ex plur. nominibus. Alt. 1728. Averan int. L. 5. C. 32. Wiesand opusc. Sp. VII. n. 1. Pufendorf T. 2. Obs. 176. Hommel rhaps. Obs. 539. Müller ad Leyser Obs. 879. Hagemann u. Bülow pract. Rechtserört. 1. B. n. 71. I. H. A. Mittag de solut. quae fit ab eo qui ex plur. causs. debit. alter. exist. Rost. 1795. C. T. Gmelin de graviori caussa in quam a debitore ex pluribus caussis solutio facta esse praesumatur. Tub. 1801.

[y] L. 1. de solut. (46. 3.).

[z] L. 1. L. 3. L. 89. eod.

[a] L. 1. L. 3. §. 1. L. 4. L. 5. pr. L. 7. eod. L. 1. C. eod. (8. 43.).

jeder Foderung ein verhältnifsmäfsiger Theil [b]. II) Macht sich der Gläubiger (z. B. durch Veräufserung des Pfandes) selbst bezahlt: so kann er sich nach Belieben die Foderung bezahlen, welche er will [c].

§. 110.

Beweis der Zahlung.

Die Zahlung wird übrigens nicht vermuthet, sondern muſs bewiesen werden. Dieſs kann geschehen durch Quitungen, oder auf andre Art [d]; doch beweisen die letzten, wenn sie nicht öffentliche sind, erst nach 30 Tagen [e]. Bey jährlichen Abgaben an den Staat entspringt aus den ununterbrochenen Quitungen über die, 3 Jahre geschehene Zahlung eine einstweilen voll beweisende rechtliche Vermuthung, daſs alles vorhergehende entrichtet sey [f], welches man auf alle Quitungen, und sogar nach einem verjüngten Maaſsstabe auf monatliche, vierteljährige Gefälle u. s. w. auszudehnen pflegt [g]. Eine eben solche Vermuthung entspringt aus der Corruption der wesentlichen Theile des Schuldscheins [h], so wie daraus, wenn der Schuldschein sich im Besitz des Schuldners befindet [i].

§. 111.

Deposition der Schuld.

Der Schuldner ist berechtigt, zu verlangen, daſs der Gläubiger die ihm, nach den bisher entwickelten Grundsätzen gehörig angebotene Zahlung annehme. Weigert er sich dessen, so kann der Schuldner durch gerichtliche Niederlegung der Sache, nach vorgängiger Versiegelung derselben, wenn sie dazu geartet ist, sich gänzlich von seiner Verbindlichkeit befreyen, und wenn die Sache unbeweglich ist,

[b] L. 8. D. eod.

[c] L. 101. §. 1. eod.

[d] Vergl. hier Hofacker T. 3. §. 4115.

[e] L. 14. §. 2. C. de non num. pec. (4. 30.).

[f] L. 3. C. de apoch. public. (10. 22.).

[g] Mascard de prob. concl. 1327. Menoch de praes. L. 3. pr. 139. Faber in C. L. 8. T. 30. D. 32. Carpzov P. 2. C. 1. D. 7. 8. C. W. Strecker de solut. triennali ad L. 3. C. de apoch. publ. Erf. 1736. R. C. Henne de solutione triennali, Erf. 1773. Leyser Sp. 530.

[h] L. 24. de probat. (22. 3.) C. H. Breuning an chirographum cancellatum inducat debiti remissionem. Lips. 1769.

[i] L. 14. 15. C. de solut. (8. 43.) W. A. Lauterbach de tacito pacto remissorio ex redditione chirogr. praesumto.

durch bloſses Verlassen derselben [k]. Die Deposition muſs bey dem competenten Richter des Gläubigers, oder dem Richter des zur Zahlung verabredeten Orts geschehen [l]; auch ist es, zwar nicht nach den Gesetzen, aber der ungewissen Praxis, räthlich, den Gläubiger zur Deposition vorladen zu lassen [m]. Der letzte, dessen Recht gegen den Schuldner sofort nebst allen Anhängen durch die Deposition aufgehoben wird [n], ohne daſs er jedoch durch die Deposition an sich das Eigenthum der deponirten Sache erwirbt [o], kann dann die Sache abfodern, wo sie liegt [p]; doch ist dem Schuldner die Rückfoderung bis dahin nicht zu versagen, wenn er seine Schuld wiederherstellen will, wodurch aber die Schuld andrer, welche nebenbey durch die Deposition erlosch, nicht wieder auflebt [q].

§. 112.

II) Bestärkung der Verbindlichkeit.

Die wirkende Kraft einer Verbindlichkeit liegt in ihrer inneren Natur, und es bedarf dazu an sich keiner weitern äuſsern Impulse. Indeſs kann die Verpflichtung durch psychologische Reize verstärkt werden. Dieſs geschieht besonders durch Androhung einer gesetzlichen Strafe, durch den Eid, und die Conventional-Strafe. Nur von den beiden letzten ist hier zu handeln; über die erste gibt das Criminal-Recht Aufschluſs.

§. 113.

1) durch den Eid.

Unter dem Eide [r] versteht man jede,

Tub. 1667. (Diss. T. 1. n. 20.) I. I. Scherz de redditione chirographi. Arg. 1734.

[k] L. 6. 19. C. de usur. (4.32.) L. 9. C. de solut. (8. 43.). Lauterbach D. de deposito iuris. Tub. 1660. (Diss. VII. n. 63.) G. Schulz de oblat. obsignat. et depositione pecuniae rei sibi debitae. Viteb. 1632. F. Tidemann de depositione debiti iudiciali eiusque effect. Goett. 1776.

[l] L. 9. L. 19. cit. Pütter Rechtsf. 1. B. 4. Thl. S. 973. fgg.

[m] Lauterbach l. c. §. 17. Glücks Comm. 4. B. §. 330. not. 75.

[n] L. 9. C. de solut. (8. 43.) Lauterbach l. c. §. 23. 25. 27.

[o] Lauterbach l. c. §. 29.

[p] L. 19. C. de usur. (4. 32.).

[q] L. ult. de pact. (2. 14.). Voet Lib. 46. T. 3. §. 29. Vergl. auch Lauterbach §. 31.

[r] S. überh. I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 24. S. Stryk de cautel. iuramentorum. Hal.

gleichviel mündliche oder schriftliche [s] Betheurung unter Anrufung eines heiligen, oder ehrwürdigen Gegenstandes [t], wiewohl man denselben jetzt nur auf die Anrufung Gottes zu beschränken pflegt [u]. Geschieht diefs in der Absicht, um die Wahrheit einer Aussage zu bekräftigen, so heifst der Eid: Versicherungs-Eyd (iuramentum assertorium); soll hingegen eine Verbindlichkeit dadurch bestärkt werden, so heifst er: Verpflichtungs-Eid (iuramentum promissorium). Ueber den ersten ist im Procefs, über den letzten an diesem Ort zu handeln [x].

§. 114.

Fortsetzung.

Nach dem, §. 74. aufgestellten Princip sollte eigentlich der Verpflichtungs-Eid dem Verpflichteten nur neue moralische Antriebe geben, nicht aber die rechtliche Natur der Verbindlichkeit in irgend einigem Betracht ändern, also weder eine gesetzlich vernichtete, noch eine eingeschränkte Verbindlichkeit vollgültig machen. Das Römische Recht hat auch, wenige Ausnahmen abgerechnet [y], wirklich diefs Princip befolgt [z]; allein das Kanonische stellt dagegen die Regel [a] auf: dafs jede bürgerlich vernichtete und eingeschränkte Verbindlichkeit vollgültig wird, sofern sie durch einen Eid bekräftigt ist, welcher zu keiner moralischen Schändlichkeit führt, mit Verstand, also

1719. I. F. Malblank doctr. de iureiur. Norimb. 1781. C. G. de Winkler ad doctr. de iureiur. flores sparsi. (op. min. Vol. 2. p. 246 – 302.) I. v. Schmidt. Phiseldek über den Eid. Helmst. 1798.

[s] L. 3. si minor se maiorem (2. 43.) C. Harprecht de iuram. in script. praestito. Tub. 1754.

[t] L. 3. §. ult. L. 4. L. 5. §. 1. 2. L. 13. §. ult. L. 33. de iureiur. (12. 2.) L. 2. C. d R. C. (4. 1.). Malblank de iureiur. §. 6. 15. 27. 29. Cocceii I. C. L. 12. T. 2. qu. 6. 7. 8. Stryk U. M. eod. Tit. §. 6.

[u] Winkler l. c. obs. 1. 2. 3. 4. 5. 9. 10. Müller ad Leyser Obs. 302.

[x] S. überh. P. M. Rechtenbach de vi et efficacia iuram. promissorii. Altd. 1688. G. I. Burchard de effectu iurisiur. promissorii. Rost. 1788.

[y] L. 7. pr. §. 1. de oper. libert. (38. 1.) L. 36. de manum. test. (40. 4.). Eine Regel bildet daraus Winkler l. c. Obs. 14.

[z] L. 7. §. 16. de pact. (2. 14.) Nov 82. c. 11. Malblank § 81 — 83

[a] A. M. ist Weber nat. Verb. §. 120.

von einem Mündigen [*b*] ohne Irrthum, Zwang und Betrug [*c*] abgeleistet ist, und dem Rechte eines Dritten keinen Eintrag thut [*d*]. Indefs wird doch auch nach Kanonischem Recht das Object der Verbindlichkeit durch den Eid nicht geändert, sondern nur die Leistung dessen, was ohne das bürgerliche Verbot hätte gefodert werden können, zur absoluten Pflicht gemacht [*e*].

§. 115.

2) durch Conventional-Strafen.

Das zweyte Bestärkungsmittel ist die Conventional-Strafe, worunter man alles versteht, was sich Jemand, auf den Fall einer nicht erfüllten Verbindlichkeit, von dem Verpflichteten versprechen läfst. Folgende Regeln enthalten darüber die nöthigen Bestimmungen. I) Die Conventional-Strafe setzt eine gültige Hauptverbindlichkeit voraus, und ist nichtig, sofern die letzte ungültig ist [*f*]. Sind indefs die Handlungen, zu denen man sich ungültig verpflichtete, von der Art, dafs man sie thun darf; so kann auf den Fall, dafs man sie nicht thue, gültig eine Strafe versprochen werden [*g*]. II) Sie verstärkt in der Regel nur die Motive, nicht aber die äufsere rechtliche Natur der Verbindlichkeit [*h*]. III) In der Regel kann alles als Strafe versprochen werden, sollte es auch das Interesse weit übersteigen [*i*]; nur darf man sich nicht zu verbotenen Handlungen anheischig machen, und sich also z. B. weder peinlichen Strafen unterwerfen [*k*], noch auch für die verspätete Bezahlung einer Geldschuld mehr, als das gesetzmäfsige

[*b*] can. 14. c. 22. qu. 5. can. 15. c. 22. qu. 5.

[*c*] Zum Theil abweichend über erzwungene Eide ist Franzke resol. L. 2. qu. 3. 4.

[*d*] Cap. 28. X. de iureiur. (2. 24.) cap. 2. de pact. in 6. (1. 18.). Winkler l. c. Obs. 13. Schorcht v. d. Ungültigk. des Eides bey ungült. Verträgen. Jen. 1785.

[*e*] Cap. 25. X. de iureiur. (2. 24.). Meditationen über versch. R. M. 3. B. n. 144.

[*f*] L. 61. L. 69. de V. O. (45. 1.) L. 1. C. de recept. arbitr. (2. 56.). I. A. Bach de mulcta poenit. §. 1. (in opusc.). W. A. Lauterbach de poena convent. Tub. 1666. (Diss. Vol. 3. n. 113. §. 48—51.

[*g*] L. 38. §. 17. de V. O. (45. 1.).

[*h*] L. 14. C. de pact. (2. 3.). Lauterbach §. 67.

[*i*] L. 11. §. 2. de recept. (4. 8.) Lauterbach §. 24—29. 55. Wehrn doctr. explic. princ. damni etc. §. 59.

[*k*] Lauterbach §. 18—22.

Maafs der Zinsen versprechen [*l*]. IV) In Betreff der Hauptwirkungen derselben unterscheide man: 1) Sie ist einem vollzogenen Geschäft hinzugefügt: dann kann im Zweifel von dem Contravenienten entweder die Aufrechthaltung des Geschäfts, oder die Strafe gefodert werden, ohne dafs dieser befugt ist, sich nach seiner Willkühr durch Erlegung der Strafe zu befreyen [*m*]; beides zugleich aber nur im Fall einer ausdrücklichen Verabredung [*n*]. Ist 2) das Geschäft noch unerfüllt, und zwar A) die Strafe auf den Fall der verspäteten Erfüllung bedungen, so kann erst auf die Strafe, und nachher weiter auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit geklagt werden [*o*]; ist sie aber B) auf den Fall der nicht erfüllten Verbindlichkeit bedungen, so kann, falls die Erfüllung noch möglich ist, im Zweifel zwar die Strafe und Erfüllung nicht vereint gefodert werden [*p*], der Promittent hat aber auch im Zweifel nicht die Wahl, sich durch Erlegung der Strafe von der Leistung der Hauptsache zu befreyen [*q*]. V) Die schuldlos eingetretene [*r*] Unmöglichkeit der Erfüllung [*s*], und die gänzliche Erfüllung der Hauptverbindlichkeit befreyen von der Strafe [*t*]. VI) Hat der Contravenient die Strafe erlegt, so kann stets aufser derselben alles gefodert werden, was er aus andern, von der Hauptverbindlichkeit verschiedenen Gründen zu entrichten verbunden ist [*u*].

[*l*] L. 13. §. 26. de act. E. V. (19. 1.) Lauterbach §. 30 — 34. P. W. Schmidt de poena conv. mutuo adiecta. Ien. 1760.

[*m*] L. 10. §. 1. de pact. (2. 14.) L. 15. de transact. (2. 15.) L. 2. de pact. dotal. (23. 4.) L. 40. C. de transact. (2. 4.).

[*n*] L. 16. de transact. (2. 15.) L. 17. C. de transact. (2. 4.) I. T. Richter de contractu rato manente, poena conv. quoque soluta. Lips. 1751. Glücks Comm. 4. B. §. 340. princ.

[*o*] L. 115. §. 2. de V. O. (45. 1.).

[*p*] L. 115. §. 2. l. c. Lauterbach §. 65.

[*q*] L. 14. C. de pact. (2. 3.) L. 8. C. de novat. (8. 42.) Höpfner Comment. §. 987.

[*r*] L. 28. de act. e. v. (19. 1.).

[*s*] L. 23. de O. et A. (44. 7.) Lauterbach §. 59.

[*t*] L. 47. de act. E. V. (19. 1.) L. 5. §. 4. L. 85. §. 6. de V. O. (45. 1.).

[*u*] L. 47. de act. e. v. (19. 1.) Westphal v. Kauf §. 664.

Dritte Abtheilung.

Verhältniſs der Rechte und Verbindlichkeiten zu einander.

§. 116.

Einleitung. Betrachtet man Rechte und Verbindlichkeiten im Verhältniſs zu einander, so entstehen zwey Hauptfragen, nämlich: erstlich was stattfindet, wenn sie in Einer Person zusammentreffen, und zweytens, was Rechtens ist, wenn mehrere Berechtigte neben einander stehen? Jenes führt auf die Lehre von der Consolidation und Confusion, dieses auf die Lehre von der Concurrenz und Collision der Rechte.

§. 117.

1) Confusion. Was die Confusion im Allgemeinen, d. h. das Erlöschen der Rechte und Verbindlichkeiten durch Zusammenkommen in Einer Person, betrifft, so unterscheide man, I) Rechte und Verbindlichkeiten treffen in derselben Person zusammen. In diesem Fall ist es natürlich Regel: eine Person kann zugleich Rechte und Verbindlichkeit haben, nur nicht gegen sich selbst. Einander entgegenstehende Rechte und Verbindlichkeiten vernichten sich also in Einer Person, und wenn die, so vernichtete Verbindlichkeit eine Hauptverbindlichkeit ist, so erlöschen durch ihren Untergang alle in Beziehung derselben accessorische Verbindlichkeiten andrer Personen [x]. II) Treffen Rechte und Rechte zusammen, so bestehen sie neben einander, ausgenommen, wenn das eine eine Beschränkung des andern enthält: denn im letzten Fall hört, eben weil Niemand sein Selbstschuldner seyn kann, das beschränkende Recht, als selbstbestehend, zu existiren auf, und das Beschränkte wird nun unbeschränkt [y], welche letzte Art der Confusion insbesondere Consolidatio genannt wird [z]. III) Wird eine Person Subject mehrerer Verbindlichkeiten, so bleibt es dabey; doch ver-

[x] L. 21. §. 2. L. 71. pr. de fideiussor. (46. 1.) L. 75. L. 95. §. 2. de solut. (46. 3.). W. A. Lauterbach de confusione. Tub. 1660. (Diss. V. 1. n. 56.).

[y] L. 17. 27. quib. mod. usufr. am. (7. 4.) L. 1. quem. serv. am. (8. 6.).

[z] §. 3. I. de usufr. (2. 4.) L. 3. §. ult. L. 6. pr. de usufr. accresc. (7. 2.) L. 78. §. 2. de iure dot. (23. 3.).

schlingt, wenn eine Hauptverbindlichkeit mit ihrer Accessorischen zusammentrifft, die erste die letzte, wenn diese dem Gläubiger nicht etwa mehr Sicherheit geben sollte, als jene [a]. Uebrigens werden die, durch Confusion vernichteten Rechte wieder hergestellt, wenn die Vereinigung auf einem, seiner Natur nach nur auf gewisse Zeit wirkenden Grunde beruht, und nachher wegen dieses Grundes aufhört [b], oder wenn der Grund der Confusion in der Folge als ungültig aufgehoben wird [c].

§. 118.

2) Concurrenz und Collision.

Sind verschiedene Personen mit verschiedenen Rechten versehen, so kann, I) wenn jedes Recht einen besondern Gegenstand hat, ein jedes natürlich vollständig ausgeübt werden. II) Beziehen sich die Rechte mehrerer auf Einen Gegenstand; aber steht keinem ein ausschliefsendes Recht zu (Concurrenz der Rechte): so werden sie neben einander ausgeübt; doch kann der, welcher das seinige zuerst ausübt, dem andern den Nutzen seines Rechts verringern. III) Hat jeder der Berechtigten ein ausschliefsliches Recht auf denselben Gegenstand (Collision der Rechte) [d]: so ist weiter zu unterscheiden, 1) von den collidirenden Rechten beruht das eine auf einer mehr allgemeinen Vorschrift, als das andre: dann geht das letzte (also z. B. ein privilegium einem iuri singulari, und dieses einem iuri communi) vor [e]. 2) Sie sind gleich allgemein. Hier ist nun entweder A) das eine besonders begünstigt, dann geht natürlich die-

[a] L. 5. 14. 21. §. 4. de fideiiussor. (46. 1.) Vergl. mit L. 95. §. 3. de solutt. (46. 3.). Wieling lect. iur. civ. L. 2. c. 12. Weber nat. Verb. §. 128. a. E.

[b] L. 7. de fundo dotali (23. 5.) Lauterbach l. c. §. 12. 13. 32.

[c] L. 21. §. 2. de inoffic. test. (5. 2.) L. 87. §. 1. de acquir. vel am. hered. (29. 2.) L. 22. C. de inoff. test. (3. 28.). Lauterbach §. 23.

[d] S. überh. S. Stryk de iure privilegiati contra privilegiatum. Hal. 1702. u. 1744. G. C. Bastineller de eo quod iustum est in privil. collisione. Viteb. 1727. I. S. Wienzek de vero sensu L. 11. §. 6. 7. L. 12. de minor. iuncto examine regulae: privilegiatus advers. aeque privil. non utitur iure suo. Vratisl. 1778. I. C. Koppe Nieders. Archiv 2. St. n. 3. Meine Versuche 2. B. n. 14.

[e] L. 80. de R. I. (50. 17.) L. 3. C. de silentar. et decur. (12. 16.).

ses vor. Bey Privilegien gibt im Zweifel das gröſsere Alter den Vorzug [*f*], und eben so bey Pfandrechten [*g*], in andern Fällen aber nicht [*h*]. Ist dagegen B) Keines namentlich begünstiget, so collidiren die Rechte entweder a) direct, d. h. die Personen haben dasselbe gegen einander: alsdann geht der vor, welcher einen Schaden von sich abwenden will [*i*], und wenn beide gleich viel zu verlieren haben, derjenige, welcher im Besitz dessen ist, was ihm nach seinem Rechte gebührt [*k*]. Trit auch der letzte Fall nicht ein, und ist also alles gleich: so kann ohne eine Entscheidung des Regenten keines der Rechte ausgeübt werden (privilegiatus contra aeque privilegiatum iure suo non utitur) [*l*]. Collidiren dagegen die Rechte b) indirect, d. h. in einem dritten Gegenstande, so ist entweder A) der eine schon im Besitz des Gegenstandes: dann geht dieser vor [*m*], oder B) es ist dieſs nicht der Fall. Hier müssen die Concurrenten das Object theilen, wenn es theilbar ist; wenn aber das Letzte nicht geschehen kann, so suspendiren sich auch hier die Rechte, und keines läſst sich ohne Machtspruch des Regenten zur Ausübung bringen [*n*]. Sollte es jedoch bey Ertheilung der Rechte, welche sich durch Collision aufheben, ausgemacht seyn, daſs eines derselben zur Ausübung gebracht werden müsse: so ist der Vorrang desselben durch das Loos zu bestimmen, aber nur dann, wenn der Richter gar kein anderes Princip der Entscheidung hat [*o*].

[*f*] L. 7. C. de prec. imper. offer. (1. 19.) L. 4. C. de emanc. (8. 49.) cap. 1. de const. in 6. (1. 2.).

[*g*] L. 12. pr. qui pot. in pign. (20. 4.).

[*h*] L. 32. de reb. auct. iud. poss. (42. 5.) Ueber die verschiedenen Fälle eines Vorrangs s. A. D. Sonnemann de iure potiori. Frkf. ad Oderam. 1690. I. F. Ludovici de duobus circa idem factum concurrentibus. Hal. 1714.

[*i*] L. 34. pr. de minor. (4. 4.).

[*k*] L. 11. §. 6. L. 34. pr. de minor. (4. 4.).

[*l*] Arg. L. 36. de dolo malo (4. 3.) L. 34. §. 3. L. 57. de contr. emt. (18. 1.) L. 17. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) Hert de collis. leg. Sect. 5. Stryk de iure privilegiati contra priv. Hal. 1702. 1744.

[*m*] L. 12. de donat. (39. 5.) L. 32. de procurat. (3. 3.) L. 15. C. de R. V. (3. 32.) L. 6. §. 7. L. 24. quae in fraud. cred. (42. 8.).

[*n*] L. 42. 43. de hered. inst. (28. 5.).

[*o*] L. 5. fam. herc. (10. 2.) L. 3. pr. C. comm. de legat. (6. 43.) vergl. mit L. 8. de pact. (2. 14.) L. 25. §. 8. de aedil. edict. (21. 1.) Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 35.

Vierte Abtheilung.

Nebenbestimmungen der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 119.

Einleitung. Rechte und Verbindlichkeiten können mancherley Nebenbestimmungen haben, und zwar besonders durch die Bedingungen, Zeitbestimmung und den Zweck, welche bey denselben eintreten. Die Grundsätze des Römischen Rechts sind hierüber nur in der Materie von Verträgen, Erbeneinsetzungen und Vermächtnissen aufgestellt, und haben in jeder einzelnen Lehre eine andre Gestalt. Da indeſs das, was in Ansehung der bedingten Verträge vorgeschrieben ist, am mehrsten mit der Natur der Bedingungen überhaupt zusammentrifft, und das Besondere bey Verträgen sehr gut dazu benutzt werden kann, die eigentliche Natur der Bedingungen noch schärfer herauszuheben: so wird hier mit dem Allgemeinen dasjenige, was sich besonders auf Verträge im Allgemeinen bezieht, zugleich erörtert werden.

§. 120.

I) Bedingungen. Bedingung (conditio) im engern eigentlichen Sinn heiſst jeder ungewisse künftige, nicht zu der Natur eines Geschäfts gehörige, im Allgemeinen aber jeder Thatumstand, von dessen Daseyn Rechte und Verbindlichkeiten abhängig gemacht werden [p]. Wird ein Recht auf vergangene oder gegenwärtige Thatumstände bezogen (die sogenannte conditio in praeteritum und praesens collata): so ist dieſs eben so wenig im eigentlichen Sinn eine Bedingung [q], als wenn das, was sich von selbst versteht (conditio tacita), in Form einer Bedingung ausgedrückt wird [r]; doch

[p] §. 11. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 59. de reb. cred. (12. 1.) L. 9. §. 1. de novat. (46. 1.) Averan. interpr. L. 4. c. 24. n. 5. 6. Vergl. überh. F. Balduini comm. de conditt. als Anhang zu dessen comm. de pignor. P. Brusselii tr. de conditt. verbunden mit P. Durani tr. de condit. et modis imposs. Frankf. et Lips. 1700. C. Ziegler Diss. de condition. (in dessen Discept. sel. Lips. 1721.) I. I. Ravensberg de cond. conv. et ultim. volunt. Ien. 1752. 8.

[q] §. 4. I. de verb. obl. (3. 16.) L. 39. de R. C. (12. 1.).

[r] L. 3. de leg. I. (30.) L. 99. L. 107. de cond. et demonstr. (35. 1.) Brussel l. c. L. 4. T. 1. Coccei I. C. L. 2. T. 14. qu. 43.

haben vergangene und jetzige Thatumstände, wenn sie einem Rechte zum Grunde gelegt werden, mit den eigentlichen Bedingungen, das Aufschieben abgerechnet, gleiche Wirkungen [*s*], und die, sich von selbst verstehenden Bedingungen wirken wenigstens so viel, daſs ihre Nicht-Existenz die vollständige Erwerbung des Rechts aufschiebt [*t*].

§. 121.

Negative, affirmative; suspens. resolutiva.

Eine jede Bedingung, sie bestehe in einem negativen, oder positiven facto (conditio negativa und affirmativa), ist aufschiebend, d. h. sie rückt den vollständigen Erwerb eines Rechts bis dahin hinaus, daſs sie existire. Wird der erste Erwerb eines Rechts dadurch hinausgesetzt, so nennt man sie vorzugsweise eine aufschiebende (suspensiva); wird hingegen die Rückerwerbung eines Rechts davon abhängig gemacht, eine auflösende (resolutiva). Die letzte ist in Rücksicht des Geschäfts, welches das Recht zuerst überträgt, keine Bedingung, sondern nur in Rücksicht des, den Rückfall bestimmenden Nebenvertrags [*u*], und man muſs daher die Regel annehmen: was die aufschiebende Bedingung in Ansehung des Hauptgeschäfts wirkt, eben das wirkt die auflösende in Betreff der Nebenberedung des Rückfalls [*x*]. Bey bloſs bedingtem Versprechen streitet für die aufschiebende [*y*], bey der bedingten Uebergabe einer Sache für die auflösende die Vermuthung [*z*].

§. 122.

Casualis, potestativa mixta.

Wenn eine Bedingung nicht in einer bloſs negativen Willenshandlung besteht, und ir-

[*s*] Daher es auch wohl conditio heiſst. L. 16. de iniusto rupto irrito (28. 3.) §. 6. I. de Verb. obl. (3. 16.) L. 37. de R. C. (12. 1.) L. 100. de V. O. (45. 1.).

[*t*] L. 4. §. 2. de pact. (2. 14.) L. 1. pr. §. 2. de cond. et dem. (35. 1.).

[*u*] L. 3. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. de leg. comm. (18. 3.) L. 2. pr. de addict. in diem (18. 2.). Daher ist denn auch das Hauptgeschäft gleich in allen Rücksichten als unbedingt zu behandeln L. 2. §. 4. 5. pro emt. (41. 4.) L. 2. pr. §. 1. L. 4. §. 3. de in diem addict. (18. 2.).

[*x*] L. 9. §. 6. de R. C. (12. 1.). L. 8. C. de condict. ob causs. dator. (4. 6.). Brussel L. 1. T. 1. n. 5. L. 5. T. 1. n. 1.

[*y*] L. 4. §. 2. de pact. (2. 14.).

[*z*] L. 1. §. 2. pro dote (41. 9.).

gend etwas positives fodert, so ist sie immer von der Wirkung physischer Kräfte abhängig. Insofern ist denn, da der Wille das Physische nicht schaffen kann, jede affirmative Bedingung zufällig. Hängt die Bedingung lediglich von der Wirksamkeit dessen ab, was aufser dem Willen des Menschen existirt, so heifst sie vorzugsweise eine zufällige (casualis); mufs hingegen dabey auch der Wille concurriren, so kann die Bedingung entweder durch denselben ohne alle Concurrenz der Natur (nämlich bey negativen Willenshandlungen), oder wenigstens dann, wenn nur die Naturkräfte ihre gewöhnliche Mitwirkung nicht versagen, wirklich gemacht werden, oder es mufs etwas gewöhnlich ungewisses physisches neben der Handlung der Willkühr existiren. In jenem Fall nennt man sie eine willkührliche (potestativa, promiscua), in diesem eine vermischte (mixta) Bedingung [a].

§. 123.

Mögliche, unmögliche.

Alle Bedingungen sind entweder möglich oder unmöglich; dieses, wenn im Augenblick der Hinzufügung derselben [b] nach allgemeinen Begriffen eingesehen werden kann, dafs ihre Existenz widersprechend sey; jenes, wenn das Gegentheil stattfindet. Die Unmöglichkeit ist aber zwiefach, nämlich sie liegt entweder in physischen Gesetzen, oder in rechtlichen und moralischen Vorschriften. In jenem Fall wird sie die physisch unmögliche (physice impossibilis), und, insofern sie die Absicht, einen andern zu necken, verräth, derisoria), in diesem die moralisch unmögliche (moraliter impossibilis, turpis) genannt [c]. Jede derselben kann negativ oder affirmativ gefafst werden [d]. Al-

[a] L. 4. §. 1. L. 5. de hered. inst. (28. 5.) L. 9. §. 1. 2. qui pot. in pign. (20. 4.) L. 11. §. 1. de cond. et dem. (35. 1.) L. un. §. 7. C. de caduc. toll. (6. 51.). Ueber den Ausdruck: promiscua: Cuiac. Obs. L. 14. c. 2. Merill Obs. L. 4. c. 14. So läfst sich der Unterschied zwischen beiden sehr leicht gegen A. F. Schott de condit. potestativae figmento (in opusc.) vertheidigen. C. G. Einert var. iur. civ. cap. Lips. 1773. cap. 2.

[b] L. 35. §. 1. L. 137. §. 6. de V. O. (45. 1.) Brussel L. 1. T. 2. n. 12. 15.

[c] L. 29. §. 2. de testam. milit. (29. 1.) L. 20. de condit. et demonstr. (35. 1.).

[d] §. 1. 2. 11. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 15. de cond. inst.

len diesen unmöglichen Bedingungen sind auch die perplexen, d. h. in sich widersprechenden, gleich [e].

§. 124.

Wirkungen. Jede Bedingung schiebt I) die Existenz eines Rechts auf, so lange sie nicht existirt (pendet), und zwar den Rückfall, wenn sie auflösend, den ersten Erwerb, wenn sie aufschiebend ist [f], so, daſs der, dem die Bedingung dereinst ein Recht ertheilen soll, selbst durch den Besitz der Sache keine rechtlichen Vortheile, welche erst das wirkliche Recht begründet, erhalten kann [g]. Der bedingt Verpflichtete muſs jedoch die Existenz der Bedingung, ohne sie zu hindern, abwarten [h], und der Berechtigte überträgt seine rechtliche Hoffnung auf seine Erben, wenn diese überhaupt in das ganze Rechtsverhältniſs eintreten können [i]. II) Existirt die Bedingung, welches bey der affirmativen der Augenblick der positiven That, bey negativen der Augenblick der Unmöglichkeit derselben ist, oder der Augenblick, da die zur Erfüllung gesetzte Zeit ablief [k]: so wird das Recht wirklich, und zwar muſs, 1) wenn die Bedingung auflösend ist, nach der Natur derselben die Sache so zurückgegeben werden, wie sie dann ist; nach besondern Vorschriften des Römischen Rechts aber bey Verträgen mit allen bis dahin gezogenen Nutzungen, und frey von allen Lasten [l]. Von dem dritten Besitzer kann sie der Rückerwerber nur dann vindiciren, wenn bedungen ist, daſs der Handel dann als vom Anfang nichtig zu betrachten sey [m], nicht aber, wenn der Vertrag dahin ging, das Geschäft solle

(28. 7.) L. 123. L. 137. §. 6. de V. O. (45. 1.) Averan interpr. L. 2. c. 24.

[e] L. 16. de condit. instit. (28. 7.) L. 188. pr. de R. I. (50. 17.).

[f] L. 66. de R. V. (6. 1.) L. 2. §. 4. 5. pro emt. (41. 4.) §. 4. I. de verb. obl. (3. 16.) L. 9. pr. de R. C. (12. 1.) L. 213. pr. de V. S. (50. 16.).

[g] L. 4. pr. de in diem addict. (18. 2.) L. 8. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 38. §. 1. de A. l. A. P. (41. 2.).

[h] L. 85. §. 7. de V. O. (45. 1.) L. 5. C. de O. et A. (4. 10.).

[i] §. 4. I. de V. O. (3. 16.) §. 25. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 57. de V. O. (45. 1.).

[k] §. 4. I. de V. O. (3. 16.) L. 115. §. 1. eod. (45. 1.) Höpfner Comm. §. 740. not. 6.

[l] L. 4. §. 3. L. 6. pr. de in diem addict. (18. 2.) Wernher lect. c. L. 18. T. 2. §. 8.;

[m] L. ult. de leg. commiss. (18. 3.) L. 1. 3. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.).

dann ungültig werden [n]. Ist 2) die Bedingung aufschiebend, so wird der erste Erwerb durch ihre Wirklichkeit vollendet, und zwar wiederum nach allgemeinen Begriffen von dem Augenblick ihrer Existenz. Allein die Gesetze enthalten auch hier für die Lehre von Verträgen die sonderbare Vorschrift, daſs, falls das Object nicht ganz zu Grunde gegangen ist [o], die zufälligen und vermischten Bedingungen auf den Anfang des Geschäfts zurückgezogen werden sollen [p]. Die Existenz beider Arten der Bedingungen macht also auch die Herausgabe der bis dahin vom Besitzer gezogenen Nutzungen nothwendig [q]. III) Kommt die Bedingung nicht zur Wirklichkeit (deficit), so wird das Geschäft (nämlich bey der auflösenden das Neben-, bey der aufschiebenden das Haupt-Geschäft) eben so betrachtet, als ob es gar nicht geschlossen wäre [r].

§. 125.

Besonders der unmöglichen.

Was physisch nicht existiren kann, ist anzusehen, als existire es nicht, und was rechtlich nicht existiren soll, kann nicht als existirend, sondern nur als nicht-existirend rechtliche Wirkungen haben. Daraus folgt in Betreff der unmöglichen Bedingungen: 1) die affirmative sowohl physisch als moralisch unmögliche hindert sofort den Erwerb oder Rückfall des Rechts, so weit es durch sie bedingt ist [s]; 2) die negative physisch un-

[n] L. 6. §. 1. de contr. emt. (18. 1.) L. 4. pr. de leg. commiss. (18. 3.) L. 3. C. 1. c. (4. 54.) Averan interpr. L. 3. c. 9. S. Stryk de condit. contract. resolutivis. Hal. 1708. c. 1. §. 9 — 13.

[o] L. 8. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) Brussel L. 2. T. 1. n. 6.

[p] L. 8. pr. l. c. (18. 6.) L. 9. §. 1. L. 11. §. 1. qui pot. in pign. (20. 4.) L. 16. de solut. (46. 3.) Ravensberg cap. VI.

[q] Stryk U. M. P. L. 18. T. 1. §. 28. T. 6. §. 5. Ravensberg l. c. §. 25. Das Gegentheil behauptet Cocceji I. C. L. 18. T. 6. qu. 12. Allein L. 8. de peric. et c. r. v. (18. 6.) widerlegt seinen Grund, und die Anwendung der Regel über das Zurückziehn, und der Schluſs von der auflösenden Bedingung bestärkt das Gegentheil.

[r] L. 20. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 37. de contr. emt. (18. 1.).

[s] L. 7. L. 35. §. 1. L. 97. de V. O. (45. 1.) L. 9. §. 6. de R. C. (12. 1.) L. 57. pro socio (17. 2.) L. 6. §. 3. mandat. (17. 1.). L. 1. §. 11. L. 31. de O. et A. (44. 7.) §. 11. I. de inutil. stip. (3. 20.) H. Bodinus de condit. turpi impleta. Frkf. ad

mögliche wird sofort als erfüllt angesehen [*t*]; 3) die negative moralisch unmögliche schiebt, ihrem Begriff nach, den Erwerb des Rechts auf, bis sie in Gemäſsheit ihrer Natur (§. 124. n. II.) existirt; dann folgt der Erwerb. Allein bey Verträgen muſs man nach Röm. Recht unterscheiden, a) der, welcher sich etwas (gleichviel suspensiv oder resolutiv) versprechen läſst, dafür, daſs er etwas moralisch unmögliches nicht thue, vernichtet dadurch den ganzen (Haupt- oder Neben-) Vertrag; bedingt sich hingegen b) Jemand etwas auf den Fall, daſs der Andre eine unerlaubte That verübe, so entsteht durch die That die unbedingte Verpflichtung, das Versprochene zu geben oder zurückzuliefern [*u*].

§. 126.

Erfüllung der Bedingungen.

Zur schärferen Bestimmung des Begriffs einer erfüllten Bedingung ist noch dieſs zu bemerken: 1) Nur das, was wirklich zur Bedingung gemacht ist, muſs geleistet werden; doch braucht sie einem Geschäft nicht grade ausdrücklich hinzugefügt zu seyn, sondern kann auch durch die That selbst (tacite) beygefügt, durch das Geschäft selbst begründet, oder von den Gesetzen vermuthet werden [*x*]. Sie ist ferner 2) genau zu erfüllen, also a) zur bestimmten Zeit, wenn eine solche gesetzt ist, jedoch nach Billigkeit [*y*]; b) von der Person, welcher sie, damit sie von ihr selbst erfüllt werde, aufgelegt ist [*z*], so wie c) in der Maaſse, wie es ihre Natur verlangt, also weder durch eine andre Art, noch einer andern Person, wenn

V. 1696. cap. 2. Averan Int. L. 2. c. 24. n. 4. 5. Erlang. gel. Anz. v. 1752. n. 37. Abweichend ist I. T. Richter de impossibili condit. contractum non vitiante. Lips. 1747.

[*t*] §. 11. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 7. de V. O. (45. 1.).

[*u*] So muſs man unterscheiden, und nicht, wie viele thun, in dem Suspensiven und Resolutiven den Unterschied setzen. L. 7. §. 3. L. 50. de pact. (2. 14.) L. 121. de V. O. (45. 1.) L. 1. 2. 3. C. si mancip. ita venier. (4. 56.).

[*x*] L. 73. pr. de V. O. (45. 1.) L. 77. pr. L. 102. de cond. et dem. (35. 1.) L. 4. §. 2. de pact. (2. 14.) L. 19. pr. de const. pec. (13. 5.) L. 7. in fin. L. 8. L. 21. L. 41. pr. §. 1. L. 48. pr. de iure dot. (23. 3.) D. ab Aguirre de tacita onerum et condit. repetitione. Vien. 1721. Struben 3. B. 58. Bed.

[*y*] L. 41. §. 12. de fideic. libert. (40. 5.) L. 2. L. 11. §. 1. de cond. et dem. (35. 1.) L. 135. §. 2. de V. O. (45. 1.).

[*z*] L. 39. §. ult. de stat. liber. (40. 7.) L. 31. de solut. (46. 3.).

grade der genannten geleistet werden soll [*a*], noch durch eine, oder einige Handlungen, wenn mehrere nicht alternativ zur Bedingung gemacht sind [*b*]. Nur dann ist die nicht erfüllte der erfüllten gleich zu achten, wenn der, zu dessen Vortheil sie beygefügt ist, ihr Wirklichwerden selbst verhindert hat [*c*].

§. 127.

II) Zeitbestimmung.

Rechtsverhältnisse können auch von Zeitbestimmungen abhängig gemacht werden. Ist diefs nicht geschehen, so wird das Recht sofort wirklich (dies cedit), und die Erfüllung kann, jedoch nach Billigkeit, sofort verlangt werden (dies venit) [*d*]. Finden Zeitbestimmungen dabey statt, so können sich diese entweder auf das Recht selbst, oder dessen Verfolgung beziehen, und zwar kann in beiden Fällen die Zeit gewifs, oder ungewifs seyn, und im letzten Fall in Ansehung der Frage wann und ob sie existiren wird? Bezieht sich die Zeitbestimmung auf das Recht selbst, so wird entweder der Anfang (terminus a quo, debitum ex die, oder auch wohl in diem [*e*]), oder die Dauer des Rechts (terminus ad quem) dadurch bestimmt [*f*]. In jenem Fall wird das Recht bey einer schlechthin gewissen, oder nur in Ansehung der Entfernung ungewissen Zeit sofort, ohne dafs man es jedoch vor dem bestimmten Zahlungstage einklagen kann [*g*], sonst aber nicht eher wirklich, als bis der, selbst in Ansehung seiner Existenz ungewisse Tag existirt [*h*]; im letzten wird es sofort vor dem Tage wirklich, aber durch dessen Existenz aufgehoben [*i*], und zwar, wenn

[*a*] L. 44. pr. §. 1. 2. 3. de cond. et dem. (35. 1.) L. 11. §. 11. de leg. III. (32.) L. 68. de solut. (46. 3.).

[*b*] §. 11. I. de her. inst. (2. 14.).

[*c*] L. 85. §. 7. de V. O. (45. 1.) L. 39. L. 161. de R. I. (50. 17.) Glücks Comm. §. 337. d. a. E.

[*d*] L. 213. de V. S. (50. 16.) Hert de iurib. ex pacto certo temp. inclus. (in op. V. II. T. 3.).

[*e*] §. 2. I. de V. O. (3. 16.) Brissonius de V. S. sub voce: in.

[*f*] L. 44. §. 1. de obl. et act. (44. 7.).

[*g*] §. 2. I. de V. O. (3. 16.) L. 41. §. 1. L. 46. pr. eod. (45. 1.) L. 213. pr. de V. S. (50. 16.) Höpfner Comment. §. 742. not. 2. Glücks Comm. §. 335. not. 80.

[*h*] L. 45. §. 3. L. 46. pr. de V. O. (45. 1.) L. 16. §. 1. L. 17. 18. de cond. indeb. (12. 6.) Averan int. L. 2. c. 16.

[*i*] L. 56. §. 4. de V. O. (45. 1.) L. 52. §. 3. de pact. (2. 14.).

ein Contrahent die Dauer eines Rechts, welches einmal enden mufs, von seiner Willkühr abhängig macht, durch den Tod desselben [k]. Ist über die Zeit der Erfüllung etwas bestimmt, so kommt natürlich alles darauf an, wie diefs geschehen ist. Nur der sonderbaren Vorschrift ist hier noch zu erwähnen, dafs im Zweifel der Verpflichtete auch vor dem, zur Erfüllung bestimmten Tage dem Berechtigten, wenn dieser nicht darunter leidet, das Schuldige leisten kann [l].

§. 128.

Deshalb von der Zeitrechnung.

In Beziehung auf die Lehre von den Zeitbestimmungen ist die Lehre von der Zeitrechnung noch von besonderer Wichtigkeit [m]. Man bemerke darüber, 1) ein Tag enthält 24 fortlaufende Stunden [n]. Rechnet man diese von 12 Uhr bis 12 Uhr Mitternachts (a septima hora ad septimam horam noctis): so heifst diefs ein Kalendertag; fängt man hingegen die Rechnung von einem andern Punct an, so kann man diefs einen Zeittag, oder einen natürlichen Tag (dies naturalis) nennen, wiewohl man durch den letzten Ausdruck, oder den Ausdruck: Tag schlechthin; auch wohl nur die Stunden des Sonnenlichts zu bezeichnen pflegt [o]. 2) Ein Monat besteht im Zweifel aus 30 Tagen [p], und kann gleichfalls, wenigstens in den Monaten, welche 30 Tage im Calender haben, ein Calender- oder ein Zeitmonat seyn. Eben diefs gilt 3) von einem Jahre, wel-

[k] L. 4. locat. (19. 2.).

[l] L. 70. L. 98. §. 4. de solut. (46. 3.) L. 43. §. 2. de leg. 2. (31.) L. 41. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 17. de R. I. (50. 17.) Maians. comm. ad trig. ICtor. fragm. p. 262. Averan int. L. 2. c. 26. n. 18. Leyser Sp. 528. m. 14. Hommel Rhaps. obs. 393. Müller ad Leyser obs. 881.

[m] Vergl. überh. I. T. Seger de anno Romano Lips. 1759. (op. ed. Klüber V. 1. n. 1.) I. V. Bechmann de eo quod circa dies iustum est. Ienae. (ohne Jahrzahl) Antonelli tr. de tempore legali. Rom. 1660. Eustathii liber de temporum intervallis. Lips. 1792. (auch in Leunclav. ius Gr. et Rom.) Koch Belehrungen über die Mündigk. zum testiren. Giefs. 1796.

[n] L. 8. de fer. et dilat. (2. 12.).

[o] L. 2. §. 1. de V. S. (50. 16.) Emminghaus ad Cocceii l. 2. Tit. 12. qu. 1.

[p] L. 101. de R. I. (50. 17.) L. 28. L. 31. §. 22. de aedil. edict. (21. 1.) Nov. 115. c. 2. R. G. O. 2. Th. Tit. 33. §. 3.

ches in der Regel 365 fortlaufende Tage zählt [q]. In einem Schaltjahr (im Gegensatz dessen ein anderes Jahr ein gemeines heifst) wird zu diesem noch ein Tag (dies intercalaris) hinzugethan. Der Schalttag ist der 24. Februar, und dieser (dies posterior) wird mit dem folgenden 25. Februar (dies prior) zusammen als Ein Tag gerechnet (dies bissextus), wenn nicht ein Zeitraum namentlich nur auf gewisse Tage gesetzt ist [r]. Es läfst sich nicht erweisen, dafs bey uns der juristische Monat verändert sey [s], oder dafs man jetzt den 29. Febr. als den Schalttag betrachten müsse [t], noch auch dafs der Ausdruck: Jahr und Tag im Zweifel mehr als ein Jahr und 24 Stunden begreift [u].

§. 129.

Fortsetzung.

Berechnet man einen Zeitraum natürlich [x], so läfst man denselben sofort mit dem genannten Augenblick anfangen (tempus continuum ratione initii), rechnet in den Lauf desselben jeden Augenblick (tempus continuum ratione cursus), und hält denselben erst durch vollständigen Ablauf für vollendet [y]. Es gibt jedoch gewisse einzelne Fälle, woraus sich aber offenbar keine Regel bilden läfst [z], in denen die Gesetze eine abweichende Berechnungsart gestattet haben, wie diefs namentlich in der Regel bey allen praetorischen Klagen eintrit [a]. Nämlich 1) haben sie in manchen

[q] L. 134. de V. S. (50. 16.).

[r] L. 98. eod. L. 3. §. 3. de minor. (4. 4.) L. 2. de divers. temp. praesc. (44. 3.) Man mufs aber in der letzten Stelle lesen: sed si quis fundum — — proficiet emtori. Bynkershoek Obs. L. 4. c. 8. S. auch noch überhaupt: E. G. Berger de anno intercalari. Lips. 1688. Koch a. a. O. S. 12. fgg. C. H. Fetzer Versuche zur Bild. des R. R. Heilbr. 1802. S. 1 — 30. H. W. Schultes Bemerk. über die Mündigkeit zum Testiren nach Röm. R. Jen. 1800.

[s] S. Altwein de legali mensium tempore. Altb. §. 35. fgg. Struben 1. B. 47. Bed.

[t] Koch a. a. O. §. 9. Dessen Bestät. der Belehrungen S. 32 — 36. A. M. ist I. M. Schneidt de usu studii chronologici etc. Wirceb. 1782. Derselbe Schlufssatz oder letztes Wort etc. Wirzb. 1798.

[u] Glücks Comm. §. 269. a. E.

[x] S. überh. C. A. Stölzer de tempor. civil. et util. computat. Lips. 1791. Gmelin jurid. Archiv. 2. B. 2. H.

[y] Z. B. L. 8. de his qui not. inf. (3. 2.) L. 31. §. 1. de usurp. (41. 3.).

[z] Glücks Comm. §. 269. a. 269. b.

[a] Glück §. 269. a. not. 47.

Fällen vorgeschrieben, daſs demjenigen, welcher ein Recht zu verfolgen hat, die Tage, an denen er hierin auf irgend eine Weise, also auch durch einen entschuldbaren Irrthum, gehindert ward, nicht angerechnet werden sollen [b]. Eine solche Zeit nennt man tempus utile, und diese kann denn, je nachdem die Behinderungstage bloſs den Anfang eines Zeitraums hinaussetzen [c], oder nur im Lauf desselben nicht angerechnet [d], oder in beiden Rücksichten abgezogen werden sollen [e], dreyfach seyn: utile ratione initii und continuum ratione cursus; continuum ratione initii, utile ratione cursus; oder utile ratione initii et cursus, welches letzte bey dem Ausdruck: tempus utile, im Zweifel immer anzunehmen ist [f]. 2) Gibt es gewisse Fälle, in denen man so sonderbar rechnet (computatio civilis), daſs schon die Erreichung des letzten Theils (Tages, Monats, Vierteljahrs) eines gegebenen Zeitraums der Vollendung desselben gleichgesetzt wird [g]. Auch dieſs ist ohne besondere Gesetze nicht anzunehmen [h].

§. 130.

III) Modus.

Wird Jemand ein Recht ertheilt, unter der Nebenbestimmung, daſs er das Empfangene zu einem gewissen Zweck anwenden solle: so wird diese (das Geschäft sey onerös, oder nicht) auch wohl conditio, gewöhnlich aber modus genannt [i].

[b] L. 1. §. 1. L. 21. 26. ex quib. causs. maior. (4. 6.) L. 1. de divers. temp. praescr. (44. 3.) L. 1. §. 7—9. quando appell. sit (49. 4.) L. 6. de calumn. (3. 6.) L. 1. §. 1. L. 9. §. 1. de iur. et fact. ignor. (22. 6.) L. 2. quis ordo in poss. (38. 15.) cap. 10. X. de praescr. (2. 26.).

[c] z. B. L. 19. C. de iure delib. (6. 30.) Nov. 23. cap. 1.

[d] z. B. L. 19. §. 6. L. 20. L. 31. §. 22. de aedil. edict. (21. 1.).

[e] z. B. L. 10. de bon. poss. (37. 1.) L. 2. pr. quis ordo in poss. (38. 15.).

[f] Glück Comm. §. 269. a. not. 48.

[g] L. 5. de ann. legat. (33. 1.) L. 3. §. 3. de minor. (4. 4.) I. C. Rücker de civil. et nat. temp. comp. in dessen obs. et int. G. F. Holzhauer de tempore in iure natural. et civiliter computando. Regim. 1779. Gmelins Archiv. 1. B. 4. Hft.

[h] Glück §. 269. b.

[i] L. 41. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 58. §. 2. locat. (19. 2.) L. 17. §. 4. de cond. et dem. (35. 1.) I. G. de Hackemann de usu pract. distinct. condit. inter et modum. Frankf. 1751. C. F. G. Meister de eo quod inter condit. resol. et modum interest. (in opusc.) I. F. Cordes de modo convent. adiect.

Die Natur desselben ergibt das Resultat: das Geschäft selbst, dem man den modus hinzufügt, ist ohne besonders hinzugefügte Bedingungen, woraus denn ein modus mixtus entsteht, an sich unbedingt [l], und der modus erzeugt eine unbedingte Nebenverpflichtung, ohne daſs jedoch bey Verträgen wegen Erfüllung Caution gefodert werden kann [m]. Ist derselbe möglich, so muſs er erfüllt werden [n], ausgenommen wenn der, welcher ihn erfüllen sollte, allein ein Interesse dabey hat [o], in welchem Fall der modus ein simplex, sonst aber qualificatus heiſst. Ist er unmöglich, so erzeugt diese Unmöglichkeit (gerade so, wie bey der affirmativen Resolutiv-Bedingung) keineswegs Nichtigkeit des Hauptgeschäfts, sondern der den Zweck bestimmenden Nebenberedung [p]. Erfüllt der, welchem ein möglicher modus aufgelegt ist, denselben nicht, so erlischt dadurch weder sein Recht [q], noch kann er, da durch Ungehorsam des Verpflichteten der Berechtigte nicht befugt wird, das ganze Rechtsverhältniſs aufzuheben [r], in der Regel auf mehr, als auf Erfüllung und das Interesse belangt werden [s]. Bloſs bey ungenannten Contracten und der Schenkung, so weit sie unter der Rubrik der ungenannten Realverträge steht, ist die Zurückfoderung des Gegebenen erlaubt [t], und zwar bey der Schenkung gegen versprochene Alimente selbst durch eine dingliche Klage [u], welches auch jetzt

eiusque effect. iurid. Goetting. 1782. C. C. Schnauſs de effect. et nat. modi in donat. adiecti. Ien. 1804.

[l] L. 80. de cond. et demonstr. (35. 1.) I. Altamiranus comm. ad quaest. Scaevolae. Tract. 8. ad L. 80. cit. in Meermann Th. T. 2. p. 494. fgg.

[m] A. M. ist Glück Comm. §. 336.

[n] L. 17. §. 2. L. 44. de manum. testam. (40. 4.).

[o] L. 13. §. 2. de donat. int. vir. et uxor. (24. 1.).

[p] L. 8. C. de condict. ob causs. dator. (4. 6.) Das Gegentheil behauptet Glück Comm. §. 336.

[q] L. 2. §. ult. de don. (39. 5.) Schnauſs l. c. §. 4. 5.

[r] Weber üb. d. nat. Verb. §. 90.

[s] Voet comm. L. 18. Tit. 4. §. 16.

[t] L. 2. 6. C. de condict. ob causs. dator. (4. 6.) L. 1. C. de donat. quae sub modo (8. 55.). Daraus schlieſsen denn viele z. B. Glück a. a. O., aber ohne Grund, auf alle Fälle. Schnauſs l. c. §. 6—13.

[u] L. 1. C. cit. Ohne Grund macht daraus eine Regel Glück a. a. O. not. 21. Vergl. Schnauſs l. c. §. 14.

noch gilt [x]. Uebrigens ist bey dem Zweifel über die Existenz einer Resolutiv - Bedingung oder des modi der letzte vor jenem anzunehmen [y].

Zweyter Abschnitt.

Ueber den Grund der Rechte und Verbindlichkeiten.

Erste Abtheilung.

Ueber Entstehung derselben.

Erstes Capitel.

Einleitung. Besonders über Willens - Handlungen überhaupt.

§. 131.

Entstehungsgründe. Mittelbare, unmittelbare Verbindlichkeiten.

Rechte und Verbindlichkeiten müssen durch etwas, aufser dem Gesetz existirendes wirklich werden [z]. In der Regel mufs diefs durch Willenshandlungen des Berechtigten oder Verpflichteten geschehen, es sey nun durch zweyseitige (Verträge), oder einseitige, erlaubte oder unerlaubte Handlungen; doch kann auch das Gesetz an andre Thatumstände die Existenz eines Rechts oder einer Verbindlichkeit knüpfen [a]. Beruhen diese Entstehungsgründe auf Factis, welche man durch keinen besondern Kunstausdruck zu bezeichnen weifs: so nennt man sie unmittelbare (immediata, oder schlechthin ex lege); alle andern hingegen mittelbare (mediata) Rechte und

[x] A. M. ist Schnaufs l. c. §. 14.

[y] Voet L. 35. T. 1. §. 14. Cordes l. c. cap. 2. §. 12.

[z] I. O. Westenberg de caussis obligat. (op. T. 2. n. 3.).

[a] S. z. B. Tit. I. de oblig. quae quas. ex contr. (3. 28.) Tit. I. de obl. quae quas. ex delict. (4. 5.).

Verbindlichkeiten [*b*]; doch wird diese Terminologie täglich schwankender [*c*], so wie auf jener Eintheilung beruhende Eintheilung der Klage in dativas und nativas [*d*]. In dem allgemeinen Theil kann nur die Lehre von den Willenshandlungen überhaupt vorgetragen werden; das Uebrige bleibt dem Besonderen überlassen.

§. 132.

Rechtliche Geschäfte. Feierliche, unfeierliche.

Willenshandlungen, welche die Begründung rechtlicher Verhältnisse bezwecken, heifsen rechtliche Geschäfte. Ist denselben von den Gesetzen eine gewisse Form vorgeschrieben, so nennt man sie feierliche (legis actio, oder in neuerem Latein actus legitimus [*e*]. Bey einigen feierlichen Geschäften dürfen nach Römischem Recht keine Stellvertreter erscheinen, und keine Bedingungen und Zeitbestimmungen hinzugefügt werden [*f*]. Diese werden von manchen vorzugsweise actus legitimi genannt. Dafs bey mehreren derselben (z. B. der Erbschaftsantretung) Bevollmächtigte blofs deswegen ausgeschlossen wurden, weil die eingeführten Formeln nur auf den Principal lauteten, und dafs bey manchen (z. B. der Stipulation) Nebenberedungen über die Zeit, der Kürze und Rundheit der Formel wegen, nicht gestattet wurden, ist wohl unleugbar; allein bey manchen (z. B. der Bestellung eines Vormundes) läfst sich alles weit natürlicher aus dem innern Wesen des Geschäfts erklären [*g*].

[*b*] L. 1. pr. L. 52. pr. §. 5. de O. et A. (44. 7.). Meine Vers. 1. B. n. 12. a. E. 2. B. S. 28. 29.

[*c*] I. T. Richter de duplici obligandi ratione uni obiecto tributa. Lips. 1744. Meurer jur. Beob. u. Abh. 1. S. n. 1. Weber über nat. V. §. 30-32.

[*d*] I. A. Frommann collatio act. dativarum cum nativis. Tub. 1683. B. L. Suendendörfer de actione dativa non dabili. Lips. 1693.

[*e*] L. 123. pr. de R. I. (50. 17.). Vergl. mit L. 77. eod. L. 21. C. de haeret. (1. 5.).

[*f*] L. 77. de R. I. (50. 17.).

[*g*] Vergl. Maranus C. ad L. 77. de R. I. (op. T. II.) Alciat parerg. L. 3. c. 4. fgg. Cuiacii obs. L. 15. c. 16. Ritter ad Heineccii histor. iur. L. 1. §. 46. S. G. Bauer de actib. legitimis. Lips. 1748. (opusc. T. 1. n. 14.) I. H. Stenger de legis actionibus. Lips. 1709. F. G. Pestel de natura legis actionum. Lips. 1748. Höpfner de legis actionibus et actibus legitimis (Anhang zu dessen Commentar.) Hugo Rechtsgesch. 2. Aufl. §. 135. I. A. Reichardt Diss. utrum actus legitimi Romanis fuerint solenniores. Partic. I. II. Ien. 1788. 1789.

§. 133.

Deren Bestandtheile und

Bey jedem Geschäft muſs man die wesentlichen, die gewöhnlichen, und die zufälligen Theile (essentialia, naturalia, accidentalia) unterscheiden. Der Mangel der ersten vernichtet das Geschäft, die letzten können fehlen; doch wird der Mangel des Gewöhnlichen nicht vermuthet, während die Existenz der zufälligen erwiesen werden muſs [*h*]. Ein wesentlicher Bestandtheil jedes Geschäfts ist die vollendete Willenserklärung [*i*].

§. 134.

Beweis.

Die Existenz eines Geschäfts ist, als Thatumstand, zu erweisen, und zwar muſs, wenn dasselbe aus mehreren einzelnen Handlungen besteht, die Existenz einer jeden derselben besonders dargethan werden [*k*]. Ist aber die Existenz eines Geschäfts in seinen wesentlichen Theilen überhaupt erwiesen und zugestanden, so wird vermuthet, daſs die gesetzlichen Formen beobachtet sind [*l*].

§. 135.

Erfodernisse.

Die gesetzliche Form eines Geschäfts muſs im Zweifel beobachtet werden. Ist dieſs nicht geschehen, so ist es null und nichtig [*m*]; jedoch nur in Ansehung der, dem Gesetz widerstreitenden, nicht aber in Ansehung der andern demselben gemäſsen Handlungen [*n*], sofern jene nicht das Wesen, diese hingegen nur die, von den wesentlichen Stücken abhängenden Nebentheile eines Geschäfts ausmachen, in welchem

[*h*] L. 27. §. 3. de pact. (2. 14.) L. 6. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 3. de R. C. (12. 1.) L. 72. de contr. emt. (18. 1.) Averanii int. L. 4. c. 12. n. 12—27.

[*i*] L. 25. qui test. fac. poss. (28. 1.) L. 9. C. eod. (6. 22.) H. de Cocceii de iure circa actus imperfectos. Frkf. ad V. 1699. Vinnii qu. sel. L. 2. c. 17.

[*k*] L. 13. §. ult. de public. in rem act. (6. 2.) S. Gentilis de solennitat. quaten. in quoque act. intervenir. deb. vel interesse praesum. Nor. 1617. Menoch de praesumt. L. III. pr. 132.

[*l*] Vergleiche L. 30. de V. O. (45. 1.) L. 14. C. de contr. stipulat. (8. 38.) L. 25. pr. de adopt. (1. 7.) Weber v. der Beweisführung VI. n. 30. 31.

[*m*] S. oben §. 82. 83.

[*n*] L. 26. de usur. (22. 1.) L. 34. pr. L. 36. §. ult. C. de donat. (8. 54.) L. 2. 5. 7. 8. C. de inoffic. don. (3. 29.).

Fall die Conversion (§. 83.) wegfällt [o]. Wegen offenbarer Billigkeit kann der Richter etwas von der gesetzlich zu beobachtenden Form erlassen, nur muſs er freilich in diesem Erlassen da keine Billigkeit finden, wo (wie z. B. bey Testamenten die groſse Zahl der Zeugen) die gesetzliche Form grade dazu dienen soll, Recht und Billigkeit zu befördern [p]. Uebrigens dauert die anfängliche Nichtigkeit eines Geschäfts immer fort, wenn es nicht durch neue Thatumstände gültig gemacht wird [q].

§. 136.

Arten des Willens.

Der Wille ist, juristisch betrachtet, vierfach. Ist er mündlich oder schriftlich durch Worte ausgedrückt, so wird er der ausdrückliche (expressus) genannt, der stillschweigende (tacitus) hingegen, wenn die wirkliche Existenz desselben aus andern Handlungen erhellet. Ist der Wille bloſs aus allgemeinen Gründen wahrscheinlich, aber nicht bewiesen, so wird er der vermuthete (praesumtus) genannt. In manchen Fällen behandeln die Gesetze Jemand, als ob er eingewilligt hätte, ohne von dessen wirklicher Einwilligung überzeugt zu seyn, oder auch nur dieselbe vermuthen zu können [r]: dieſs nennt man die erdichtete Einwilligung (consensus fictus [s].

§. 137.

Fortsetzung.

In welchen Fällen eine stillschweigende Einwilligung vorhanden sey, läſst sich nicht einzeln angeben, sondern muſs durch Beurtheilung bestimmt werden [t]. Nur das läſst sich im Allgemeinen

[o] L. 27. fam. herc. (10. 2.) L. 7. §. 1. de recept. arbitr. (4. 8.) L. 1. C. de posth. hered. inst. (6. 29.).

[p] L. 183. de R. I. (50. 17.) Vergl. auch Müller ad Leyser Obs. 5.

[q] §. 1. 2. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 83. §. 5. de V. O. (45. 1.) Averan interpr. L. 4. c. 22.

[r] L. 4. pr. L. 7. pr. in quib. causs. pign. tac. (20. 2.).

[s] F. G. Lautensack de discrim. int. consens. express. tacit. et praesumt. Erf. 1710. Weber über nat. Verb. §. 24.

[t] L. 2. pr. C. ad municip. (10. 38.) L. 4. §. ult. de fideiussor. (46. 1.) L. 2. §. ult. solut. matrim. (24. 3.) Noodt de pact. cap. 2. (op. T. 1.) T. Steinmetz de pact. tacitis. Erf. 1672. I. H. Meier de eod. arg. Erf. 1688.

sagen, daſs aus zweydeutigen Handlungen keine bestimmte Einwilligung geschlossen werden darf [u], und daſs, wenn eine Handlung nur Eine Auslegung leidet, der Urheber die Wirkungen der Einwilligung (freilich nicht eine sonstige Verantwortlichkeit) von sich abwenden kann, wenn er die Handlung mit einer Protestation begleitet, daſs er sie nicht aus der, äuſserlich in ihr liegenden Absicht vornehme [x].

§. 138.

Fortsetzung. Die vermuthete Einwilligung kann, als etwas ungewisses, in der Regel keine Rechtsverhältnisse erzeugen, wenn es nicht die Gesetze besonders vorgeschrieben haben. Hieher gehört die wichtige Regel, daſs aus dem Stillschweigen zwar nicht im Ganzen [y], aber doch ausnahmsweise dann eine wahre Einwilligung vermuthet wird, wenn der Eine die Geschäfte des Andern besorgt, ohne daſs dieser widerspricht, oder wenn Jemand von ihm pflichtmäſsig zu verhindernde Handlungen wissentlich geschehen läſst [z]; nur muſs er Verstand, und Fähigkeit haben, über sein Vermögen zu disponiren [a].

§. 139.

Ratihabition. Die Einwilligung bey einem Geschäft kann gleich anfangs gültig ertheilt werden, oder erst in der Folge [b]. Ist das letzte, so kann entweder der Urheber des Geschäfts selbst in der Folge seine Billigung zu erkennen geben, oder ein Dritter, welcher dabey interessirt ist. In jenem Fall wird dasselbe

[u] L. 2. §. 1. L. 3. 4. 57. pr. de pact (2. 14.) Struben 1. B. 107. Bed.

[x] Müller ad Leyser Obs. 572.

[y] L. 142. de R. I. (50. 17.) C. 43. de R. I. in 6. (5. 11.) H. de Cocceii de silentio (Ex. T. 1. n. 43.) H. Brokes Obs. 6. Cramer de tacente consentiente (Op. T. 2.) Snetlage de consens. tacito et silentio. Harder. 1774. Glück Rechtsf. 2. B. n. 27. Götz Beytr. 2. B. 4. St. N. 26.

[z] L. 6. §. 2. L. 18. mandati (17. 1.) L. 7. §. 1. L. 12. pr. de sponsal. (23. 1.) L. 12. de evict. (21. 2.) L. 38. §. 2. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 60. de R. I. (50. 17.).

[a] L. 15. §. 16. de religios. (11. 7.) L. 110. §. 2. de R. I. (50. 17.).

[b] I. H. Meier de iure ratihabit. Giess. 1720. de Neufville de ratificatione nociva ex tacit. consens. induct. Alt. 1724.

vom Augenblick der Genehmigung an gültig [b]. Im letzten Fall hingegen muſs man unterscheiden: entweder wird durch die Genehmigung eines Dritten ein Geschäft als gültig anerkannt, welches ohne sie null und nichtig wäre, oder nicht. In jenem Fall wird die Genehmigung auf den Anfang des Geschäfts zurückgezogen [c], in diesem hingegen wirkt sie auch, aber nicht rückwärts [d]. Eine Art der Genehmigung ist die Confirmation, d. h. die Bestätigung des Regenten oder der Stellvertreter desselben. Diese ändert das Geschäft selbst nicht [e], hebt daher auch nicht dessen Mängel [f], wenn sie nicht etwa bloſs in der Form liegen [g], und kann daher auch nicht zum Nachtheil dritter Personen benutzt werden [h].

§. 140.

Einleitung zum Folgenden.

Zu einem rechtlichen Geschäft gehört die physische oder juristische Fähigkeit einer rechtlichen Absicht, so wie, daſs dieselbe nicht durch Irrthum vernichtet, oder durch Drohung, Gewalt, oder Arglist eines Dritten zu einer unwillkührlichen Handlung werde. Das Römische Recht hat hierüber nur in Betreff Einer Art rechtlicher Geschäfte, nämlich der Verträge, allgemeine Grundsätze aufgestellt, welche sich am schärfsten in der Lehre von den Verträgen entwickeln lassen, und dann sehr leicht analogisch auf die andern Arten der Rechtsgeschäfte angewandt werden können. Da die allgemeinen Grundsätze von den Verträgen in alle Theile des Privat- und Regierungsrechts eingreifen: so sind diese hier besonders auszuheben [i].

[b] L. 65. §. 1. de ritu nupt. (23. 2.).

[c] L. 7. pr. C. ad SCt. Maced. (4. 28.) L. 25. C. de donat. int. V. et U. (5. 16.) G. L. Boehmer de necess. parent. consens. in nupt. liberor. cap. 4. §. 6. (Elect. T. 1. n. 16.).

[d] L. 9. de negot. gest. (3. 5.) L. 3. C. de contr. vel comm. stip. (8. 38.) L. 3. C. de R. V. (3. 32.) Meine Vers. 2. B. n. 10.

[e] cap. 1. 4. X. de confirmat. (2. 30.) Mevius P. 1. Dec. 6.

[f] L. 1. §. 1. de reb. eor. (27. 9.) Wernher P. 5. Obs. 234. Pufendorf T. 1. Obs. 203. §. 3.

[g] Leyser Spec. 40. m. 7. Hommel rhaps. Obs. 545.

[h] L. 4. C. de emanc. (8. 49.) Mevius P. 7. Dec. 232. Cramer Obs. iur. univ. T. 4. Obs. 1015.

[i] Vergl. überh. Vinnius de pact. et transact. Noodt

Zweytes Capitel.

Ueber Verträge insbesondere.

§. 141.

Vertrag.

Ein Vertrag ist die von mehreren Personen sich wechselsweise gegebene Einstimmung über die Begründung gewisser rechtlicher Verhältnisse [k]. Die allgemeine Natur der Verträge ist durch die Beantwortung der vier Fragen erschöpft: wer kann einen Vertrag schliefsen? wie mufs die Einwilligung beschaffen seyn? welches sind die Gegenstände, und welches die Wirkung der Verträge?

§. 142.

I) Wer kann ihn schliefsen?

Nur die Personen, welche einer Einwilligung fähig sind, können Verträge schliefsen. Unfähig sind also 1) alle, welche ihres Verstandes nicht mächtig sind [l], so lange als dieser Zustand dauert [m], mithin auch völlig Betrunkene [n], und Zornige, sofern nämlich die letzten nicht nachher auf dem beharren, was sie im Zorn thaten [o]. Unfähig sind ferner 2) alle, welche das bürgerliche Recht dafür erklärt. Dahin gehören unbedingt Kinder [p], und alle (freilich unter manchen in der Lehre von der Vormundschaft zu erörternden Beschränkungen), welche minderjährig sind, und unter Vormündern stehen.

§. 143.

II) Was gehört zur Einwilligung?

Zur völlig bindenden Einwilligung gehört 1) die vollendete, von dem Andern gehörig angenommene Erklärung, sich verbindlich

de pact. (op. T. 1.). S. Stryk de cautelis contractuum. Viteb. 1704. J. Claproth v. richtiger und vorsicht. Eingehung der Verträge u. Contracte. 2. B. Gött. 1786. I. P. F. (Höpfner) Sammlung der Römischen Gesetze. Frkf. u. Leipz. 1785. Griesinger v. d. Verbindl. d. Vertr. Tübing. 1793.

[k] L. 1. §. 3. de pact. (2.14.).

[l] §. 8. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 5. 40. de R. I. (50. 17.)

[m] L. 18. §. 1. de A. l. A. P. (41. 2.).

[n] c. 14. X. de vit. honest. clericor. (3. 1.).

[o] L. 48. de R. I. (50. 17.) Meine Theor. d. log. Ausl. S. 182. 183.

[p] §. 10. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 70. de V. O. (45. 1.).

1) vollendete Uebereinkunft.

zu machen [q]. Die gewöhnlichen Complimente, daſs man z. B. mit allem zu Dienste stehe, verbinden daher, selbst wenn sie einer frommen Stiftung gemacht werden, eben so wenig [r], als wenn das Anerbieten des Promittenten von dem andern Theil nicht in Gemäſsheit des Anerbietens [s], nicht zur gehörigen Zeit oder nach Zuröknahme desselben [t] acceptirt wird. Selbst bey remissorischen, auch illiquide Puncte betreffenden [u], oder remuneratorischen Nachlaſsverträgen ist diese Acceptation erfoderlich [x]; doch hält man sie bey einem eidlichen Anerbieten für überflüssig [y]. Eben so wenig ist ein bindender Vertrag vorhanden, wenn ein Theil noch nicht in allen Puncten seinen Willen vollständig erklärt hat [z], also auch nicht, wenn das, was den Gegenstand eines Vertrags ausmachen soll, noch der Ueberlegung der Contrahenten überlassen ist (Tractaten) [a]. Sind die Hauptpuncte eines Vertrages kurz aufgesetzt, und ist nur die förmliche Extension derselben der weiteren Vereinbarung überlassen: so ist allerdings eine bindende Einwilligung vorhanden [b]; so wie, wenn über einen künftigen Contract ein präparatorischer Contract so geschlossen ist, daſs er den Inhalt des künftigen Vertrages bestimmt genug angibt [c].

§. 144.

Ueber die Arrha insbesondere.

Nicht selten geben sich die Contrahenten eine kleine Summe, zum Zeichen, daſs sie

[q] L. 5. C. de contr. vel c. stip. (8. 38.).

[r] Cap. 6. X. de institution. (3. 7.) Thomasius de promiss. rei incert. §. 21 29. Auch steht L. 39. §. 1. de fideicomm. lib. (40. 5.) nicht im Wege.

[s] L. 1. §. 4. de V. O. (45. 1.) D. Dieterici de acceptatione. Erf. 1693. H. Rudloff de acceptatione et eius iure. Alt. 1676.

[t] Mevius P. 2. Dec. 141. Rudloff l. c. §. 65. 66.

[u] Dieterici l. c. §. 23. 28. A. M. ist Rudloff l. c. §. 47.

[x] A. M. ist Rudloff §. 48.

[y] Rudloff l. c. §. 37. Dieterici §. 17.

[z] S. oben §. 135.

[a] J. G. Bremen de tractatibus. Ien. 1681.

[b] P. Müller de minuta vulgo v. Punctationen. Jen. 1690. Danz Handb. d. D. R. 2. B. §. 185.

[c] L. 68. de V. O. (45. 1.) L. 3. C. de rer. permut. (4. 64.) Wernher T. 1. P. 3. Obs. 97. Leyser Spec. 39. n. 6. 7. A. G. Petermann de valore pactorum quibus contractus praeparantur. Lips. 1730.

in vertragsmäſsigen Verhältnissen stehen. Dieſs nennt man Arrha (Haftgeld, Handgeld, oder auch wohl Angeld) [d]. Wird die Arrha zum Zeichen eines wirklich vollkommen abgeschlossenen Vertrags gegeben, so heiſst sie Arrha pacto perfecto data; soll sie dagegen nur zum Zeichen eines künftig zu schlieſsenden Vertrags dienen, so erhält sie den Namen Arrha pacto imperfecto data. Im letzten Fall verliert der, welcher die Vollendung des Vertrags verweigert, die von ihm gegebene Arrha, und wenn er eine solche empfangen, aber nicht gegeben hat, so muſs er das Empfangene doppelt herausgeben [e]; doch bleibt es bey der bloſsen, überhaupt stets nur durch eine Condiction zu verlangenden [f] Rückgabe, wenn mit beider Willen, oder einseitig aus rechtlichen Gründen die Verabredung sich zerschlägt [g]. Die erste hingegen dient im Zweifel nur zum Zeichen der unumstöſslichen Verbindlichkeit des Vertrags, und nur dann, wenn es besonders ausgemacht ist, kann ein Contrahent, gegen den Verlust derselben, den Vertrag einseitig wieder aufheben [h]. Daher die Eintheilung in Arrha confirmatoria und poenitentialis. Sollte jedoch bey der ersten die Erfüllung des Hauptgeschäfts nicht stattfinden, so ist die Arrha zurückzugeben, und der schuldige Theil verwirkt, was er unter diesem Namen gegeben hat [i]. Wird aber das Geschäft geschlossen oder erfüllt, so ist bey allen Arten des Angeldes die empfangene Arrha zurückzugeben, oder auf den Preis in Abrechnung zu bringen [k], wenn nicht, wie es in Deutschland häufig der

[d] L. 35. pr. de contr. emt. (18. 1.) W. A. Lauterbach de arrha eiusque iure. Tub. 1657. C. Thomasius de arrhis emtion. Hal. 1702. I. H. Reuter de arrha pacto imperf. data. Hal. 1747. L. A. Limmer de arrhis emtion. imperfect. Goett. 1768. Andre verstehen auch unter dem Angelde den voraus bezahlten Theil des Preises. Lauterbach l. c. §. 31. Wernher lect. c. L. 18. T. 1. §. 6.

[e] pr. I. de emtion. et vend. (3. 24.) L. 17. C. de fide instrum. (4. 21.).

[f] L. 11. §. 6. de act. e. v. (19. 1.) Lauterbach §. 91.

[g] L. 11. §. 6. eod. Lauterbach §. 155 — 159.

[h] L. 3. 6. C. de rescind. vend. (4. 44.). Meditat. über versch. R. M. 6. B. n. 343. Höpfner Comm. §. 744.

[i] L. 6. pr. de leg. comm. (18. 3.).

[k] L. 5. §. 15. de inst. act. (14. 3.) L. 11. §. 6. de act. e. v. (19. 1.) Lauterbach §. 128 — 130. Wernher lect. comm. l. c.

Fall ist, besondere Gewohnheiten eine Ausnahme machen [l].

§. 145.

2) Mangel eines Irrthums.

Es muſs ferner 2) die Einwilligung denselben Gegenstand betreffen. Geschieht dieſs nicht, so ist ein Irrthum vorhanden, welcher sowohl das Nicht- als Falsch-Wissen begreift [m], aber überhaupt nur insofern in Betracht kommt, als er nicht durch grobe Nachlässigkeit verschuldet ist [n], und wirklich erweislich gemacht wird [o]. Wird ein Geschäft durch Stellvertreter geschlossen, so kommt dabey, wenn diese nicht in eignem Namen klagen, alles auf die Wissenschaft des Principals an [p].

§. 146.

Fortsetzung über den Irrthum.

Was die Wirkungen des Irrthums betrifft, so unterscheide man: I) beide Theile irren (error bilateralis). Wird in diesem Fall 1) der Irrthum als ein wesentlicher (essentialis) angesehen, so ist jedes Geschäft nichtig [q]. Hieher gehören die Fälle: A) wenn jeder einen ganz verschiedenen oder nicht existirenden Gegenstand, als existirend, im Sinn hat [r]; B) wenn über wesentliche Eigenschaften des Vertrags, oder dessen Gegenstandes geirrt wird. Dahin gehört, a) wenn sich Jemand eigne Sachen als fremde, oder dem Commerz entzogene Sachen bedingt [s]; b) wenn dem, welcher sich einen Preis bedingt, weniger, als er denkt, versprochen wird. Wird ihm mehr versprochen, so ist bloſs dieſs Mehrere hinfällig [t].

[l] Lauterbach §. 131. 133.

[m] S. überh. I. H. Felz D. 1. 2. de error. in contr. Argent. 1713. 1719. Gundlingiana 33. St. n. 1. F. G. Struv de effect. error. in contract. Kil. 1749. C. F. G. Meister de effectu erroris in emt. venditione. Goetr. 1751. Hommel rhaps. Obs. 684.

[n] L. 45. de contr. emt. (18. 1.) L. 16. §. 2. de liberal. causs. (40. 12.) L. 15. C. de resc. vend. (4. 44.).

[o] Meine Vers. 2. B. S. 140 — 143.

[p] L. 13. de contr. emt. (18. 1.) L. 51. §. 1. de aedil. ed. (21. 1.) L. 17. de liber. causs. (40. 12.) L. 2. de litigios. (44. 6.) Accursius ad L. 13. cit.

[q] L. 57. de O. et A. (44. 7.).

[r] L. 9. pr. L. 57. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 83. §. 1. L. 137. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 34. pr. de A. l. A. P. (41. 2.).

[s] L. 16. pr. L. 22. 23. 24. 62. §. 1. de contr. emt. (18. 1.).

[t] L. 9. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 52. locat. (19. 2.) Meine Vers. 2. B. 4. Abh. n. I.

c) Wenn die behandelte Sache gröſstentheils vernichtet, oder die Substanz in den inneren Hauptheilen des Objects nicht wenigstens zum Theil vorhanden [u], und der Vertrag kein solcher ist, wobey nur Ein Theil dem andern etwas verspricht [x]; d) wenn die Contrahenten über ihre Personen irren, jedoch nur dann, wenn ein solcher Irrthum zugleich einen wesentlichen Irrthum über den Gegenstand des Vertrags zur Folge hat [y], und zwar deswegen, weil ein Irrthum über die Bewegungsgründe in der Regel [z], nur wenige Fälle ausgenommen [a], ohne allen Einfluſs ist; e) wenn über die Art des Vertrags keine Einstimmung stattfindet; doch widerstreiten sich die Gesetze über die Frage, ob, wenn beide in der Uebertragung des Eigenthums übereinstimmen, diese Uebertragung nicht erfolgt, wenn der eine Theil schenken wollte [b]. Ist dagegen 2) der Irrthum nicht wesentlich (non essentialis, concomitans), so besteht das Geschäft; doch kann A) in zweydeutigen Fällen der, welcher etwas weggeben soll, verlangen, daſs das, was er dachte, vorgezogen werde [c]; wenn aber B) der Vertrag bestimmt ist, so muſs man wieder unterscheiden: a) es hat Jemand von einer Sache gegen einen Preis zuviel versprochen, oder weggegeben: in diesem Fall kann er, wenn es möglich ist, das Zuviel einbehalten, oder zurückfodern [d], sonst aber verhältniſsmäſsige Erhöhung des Preises verlangen [e]. Hat er aber b) gegen einen Preis zu wenig erhalten, so ist, durch

[u] L. 9. §. 2. L. 10. L. 14. L. 41. §. 1. L. 57. de contr. emt. (18. 1.) Das: inauratum in L. 14. cit. heiſst nicht übergüldet, sondern mit Gold versetzt. Averan int. L. 1. c. 19. n. 7. Bynkershoek Obs. L. 6. c. 14. S. auch Cocceii contr. L. 18. T. 1. qu. 5. 48. 49.

[x] L. 1. §. 2. de pignor. act. (13. 7.) L. 22. de V. O. (45. 1.) L. 20. pr. de furt. (47. 2.) Averan interpr. L. 1. c. 19.

[y] Meine Vers. a. a. O. n. III.

[z] L. 65. §. 2. de cond. indeb. (12. 6.) L. 34. pr. de contr. emt. (18. 1.).

[a] L. 58. eod. L. 5. §. 1. de act. E. V. (19. 1.). Meine Vers. a. a. O. n. II.

[b] L. 9. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 18. pr. §. 1. de reb. cred. (12. 1.) L. 36. de acquir. rer. dom. (41. 1.) Vergl. Cocceii L. 12. T. 1. qu. 6. Glück Comm. §. 297. S. 154. fgg.

[c] L. 138. §. 1. de V. O. (45. 1.).

[d] L. 18. §. 3. de dolo mal. (4. 3.).

[e] L. 40. §. 2. de contr. emt. (18. 1.)

Einbehalten oder Zurückfodern, eine verhältnißmäßige Verkürzung des Preises erlaubt [*f*].

§. 147.

Fortsetzung.

II) Ist der Irrthum einseitig (unilateralis), d. h. der eine irrt, und der andre weiß dieß, so unterscheide man: 1) der Promittent ist im Irrthum. Weiß dann A) der Acceptant, daß ihm etwas schlechteres versprochen wird, als der Promittent zu versprechen denkt, so gilt das Geschäft, doch kann es der Promittent durch eine Einrede entkräften, wenn dem Gegenstande wesentliche Eigenschaften fehlen [*g*]. Ist aber B) dem Acceptanten bekannt, daß ihm mehr, oder etwas besseres versprochen wird, als der Promittent denkt, so ist entweder a) der Irrthum wesentlich: alsdann ist das Geschäft nichtig; oder b) außerwesentlich: dann kann des Irrthums wegen nur Entschädigung verlangt werden, wiewohl es möglich ist, daß sich aus andern Gründen (z. B. der Arglist wegen) gänzliche Vernichtung des Geschäfts fodern läßt. Wenn aber 2) der Acceptant im Irrthum ist, so ist entweder A) der Irrthum wesentlich: dann muß der Vertrag (die Entschädigung vorbehältlich) ungültig seyn; B) außerwesentlich. In diesem Fall hat der Irrende sich über nichts zu beklagen, wenn ihm sein Irrthum nutzt; schadet er ihm hingegen, so kann er als Irrender nur Entschädigung verlangen, nicht aber Ungültigkeit des Geschäfts, wenn er nicht aus andern Gründen zu dieser Foderung berechtigt ist [*h*].

§. 148.

3) Eines Betrugs.

Es darf ferner 3) bey einem Vertrage kein Betrug (dolus) stattfinden [*i*]. Im Allgemeinen bezeichnet man durch den Ausdruck dolus alles, was nicht auf dem geraden Wege geschieht. Ist dieß juristisch erlaubt, so nennt man ihn dolus bonus,

[*f*] L. 4. §. 1. L. 42. de act. E. V. (19. 1.) L. 57. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 69. §. 6. de evict. (21. 2.).

[*g*] L. 34. §. 3. L. 57. §. 2. de contr. emt. (18. 1.).

[*h*] Vergl. überh. Meine Vers. a. a. O. n. V.

[*i*] Braun vom Betruge in Verträgen. (Erlang. gel. Zeit. 1752. n. V.) Gmelin iur. Beobacht. 2. B. n. 13. G. Noodt de forma emendand. dol. mal. (op. T. 1.). Wehrn doctr. iur. explicat. princ. damni etc. cap. 2.

im entgegengesetzten Fall Arglist oder dolus malus [*k*]. Ist er mit einer Verstellung verknüpft, so wird er ein heimlicher (clandestinus), im entgegengesetzten Fall ein öffentlicher (manifestus, apertus) genannt [*l*]. Auf die Ungültigkeit eines Vertrages hat nicht der öffentliche Betrug, aufser wenn er mit einem Zwange verbunden ist, sondern nur die heimliche Arglist, insofern sie dem Vertrage vorhergeht (dolus ex proposito, personalis), und demselben nicht folgt (d. ex re s. realis) [*m*], Einflufs, jedoch unter sehr verschiedenen Bestimmungen, je nachdem der eine Contrahent durch Arglist des andern überhaupt zur Eingehung des Geschäfts, oder nur zur Billigung einer Nebenbestimmung bewogen ward. In jenem Fall nennt man ihn einen Hauptbetrug (dolus caussam dans), in diesem einen Nebenbetrug (incidens) [*n*], eine Eintheilung, welche in der Natur der Sache und den Gesetzen gegründet ist [*o*]. Beide müssen aber erwiesen werden [*p*], wenn sie das Gesetz nicht präsumirt [*q*], welches bey jeder, äufserlich unerlaubten That der Fall ist [*r*].

§. 149.

Fortsetzung. Rührt in einem Contract I) der Betrug von den Contrahenten her, und zwar 1) nur von dem einen Theile, so macht A) der incidens das Geschäft nicht ungültig, sondern er begründet nur Ansprüche auf

[*k*] L. 1. §. 2. 3. de dol. mal. (4. 3.) L. 7. §. 9. de pact. (2.14.) L. 22. §. 3. locat. (19. 2.) Leyser Sp. 59. m. 1. 2. E. Otto de dolo bono. (Dissert. n. 10.) I. C. Winter de eo quod iustum est circa dol. bon. Helmst. 1716.

[*l*] L. 1. §. 2. de dolo malo (4. 3.).

[*m*] Die Eintheilung ist veranlafst durch L. 7. §. 11. de pact. (2. 13.) L. 1. §. ult. depos. (16. 3.) Koehler int. iur. Rom. L. 1. c. 4. §. 4. Wehrn l. c. p. 32. Hotomann Obs. L. 1. c. 10. Huber Digress. L. 3. c. 25.

[*n*] Nettelbladt de doli incident. et causs. dant. in contract. effect. Hal. 1744.

[*o*] L. 7. pr. de dol. mal. (4.3.) L. 13. §. 4. de act. E. V. (19. 1.) A. M. ist Noodt l. c. cap. 14. Allein s. Koehler int. iur. R. c. 5. §. 8.

[*p*] L. 18. §. 1. de probat. (22. 3.) L. 1. §. 2. de dol. exc. (44.4.) L. 6. C. de dolo malo (2. 21.).

[*q*] L. 44. mandat. (17. 1.) M. Stein de dolo praesumto in rebus licitis. Rost. 1712.

[*r*] L. 36. de pecul. (15. 1.) L. 8. §. 9. mandat. (17. 1.) L. 7. pr. de admin. tut. (26. 7.) L. 1. C. ad Leg. Corn. de sicar. (9.16.) L. 5. C. de iniur. (9. 35.).

Entschädigung, welche durch Einreden oder Klagen zu verfolgen sind, und zwar in bonae fidei negotiis durch die Contracts-Klage, in andern durch die actio de dolo, wenn man sich nicht auf den Fall des Betrugs eine besondere Klage ausgemacht hat [*s*]. Um so weniger kann daher der Betrüger von dem Geschäft abgehen [*t*]. Ist aber der Betrug B) caussam dans, so wird dadurch a) ein bonae fidei negotium, wenn der Betrogene nicht mit Schadensersatz zufrieden seyn will, schlechthin nichtig [*u*]; doch kann das Gegebene nur von dem Empfänger, nicht aber von dem Dritten abgefodert werden [*x*]. Ist das Geschäft aber b) stricti iuris, so muſs dagegen (wie unten in der Lehre von der Restitution weiter zu zeigen ist) Wiedereinsetzung gesucht werden. Verfuhren 2) beide Theile arglistig, so vernichtet freilich A) der dolus caussam dans das ganze Geschäft, und kein Theil hat gegen den andern auf Entschädigung eine Klage [*y*]; hingegen kann B) der incidens nicht das Geschäft, sondern nur die gegenseitigen Ansprüche auf Schadensersatz, so weit sie gleich sind, vernichten [*z*]. Rührt endlich II) der Betrug von einem Dritten her, so darf der Betrogene, wenn er 1) von seinem Mitcontrahenten vermöge der Natur des Contracts Entschädigung erhalten kann, den Betrüger gar nicht in Anspruch nehmen, wohl aber, 2) wenn jenes nicht möglich ist [*a*]. Weiter kann aber dem Betrogenen, selbst wenn der Betrüger insolvent seyn sollte, nicht geholfen werden [*b*].

[*s*] L. 13. §. 4. 5. L. 32. L. 49. pr. de act. E. V. (19. 1.) L. 7. §. 3. de dolo mal. (4. 3.).

[*t*] L. 13. §. 4. 5. cit. L. 48. §. 1. de aedil. edict. (21. 1.) A. M. ist Hellfeld iurispr. for. §. 296. Weber in d. Not. zu Höpfner §. 1008. not. 2.

[*u*] L. 7. pr. de dol. mal. (4. 3.) L. 21. solut. matrim. (24. 3.) Vinnii qu. sel. L. 1. c. 12. Cocceii I. C. L. 4. T. 3. qu. 3.

[*x*] L. 10. C. de resc. vend. (4. 44.). Die ganze Lehre von den Condictionen, verglichen mit §. 15. I. de act. (4. 6.), und richtigen Begriffen über den Irrthum, ist auch dafür. A. M. s. Voet C. L. 4. T. 3. §. 3. Boehmer ius D. ibid. §. 5.

[*y*] L. 36. de dol. mal. (4. 3.) L. 34. §. 3. L. 57. §. 3. de contr. emt. (18. 1.) L. 4. §. 23. de dol. mal. et met. except. (44. 4.) L. 154. de R. I. (50. 17.).

[*z*] arg. L. 39. sol matr. (24. 3.) L. 34. pr. de contr. emt. (18. 1.).

[*a*] L. 1. §. 8. L. 2. — L. 7. pr. L. 18. §. 3. de dol. mal. (4. 3.) L. 2. de proxenet. (50. 14.).

[*b*] A. M. s. Leyser Sp. 59. M. 4. Sp. 296. M. 9. Glück Comment. §. 296. Allein s. Meine Vers. 2. B. 4. Abh. Nr. VII.

§. 150.

4) eines Zwanges.

Im Ganzen sehr ähnliche Wirkungen bey Verträgen hat 4) der Zwang [c], es bestehe derselbe nun in wirklicher Gewalt (vis), d. h. der Anwendung eines zwingenden Uebels, oder bloſs in Erregung einer Furcht (metus), durch Androhung eines künftigen Uebels [d], jedoch auch hier wieder mit Unterscheidung zwischen einem Haupt- und Nebenzwange (m. caussam dans, incidens) [e].

§. 151.

Fortsetzung.

Damit Furcht und Gewalt als Grund angesehen werden können, den dadurch Bewogenen von Verbindlichkeiten zu befreyen, müssen wirkliche, und zwar ungerechte Zwangsmittel und Drohungen stattgehabt haben, denen auch der gesetzte Mensch in der Regel nicht zu widerstehen vermag [f]. Es ist also 1) keine Entschuldigung für den Gezwungenen, wenn der, welcher den Zwang anwandte, dazu rechtlich befugt war (metus iustus ex parte inferentis) [g], oder 2) wenn er sich, es sey nun durch die Rücksicht auf das Ansehn einer Person (metus reverentialis), ohne daſs diese Zwang anwandte [h], oder durch andere Vorstellungen, welche durch keine Drohung erregt wurden, fortreiſsen lieſs [i]; so wenig als 3) wenn er den Uebeln widerstehen konnte, oder sie als rechtlicher Mann nicht zu fürchten brauchte, wie z. B. die Bedrohung mit einer infamirenden Klage [k].

[c] N. H. Gundling de singular. efficient. metus etc. Hal. 1711. (in exerc. acad. T. 1.) I. F. Rhetius de metu eiusque operat. in iure. (Diss. V. 2. n. 9.) I. H. Boehmer de except. met. iniusti in stat. natural. et civil. Hal. 1720. I. C. Rudolph de effect. met. in pact. et contr. Erl. 1760. Siebenkees jur. Mag. 2. B. S. 156. fgg. G. F. Walch de negot. et act. vi metuve extort. Ien. 1790. C. v. Lennep de eo quod met. c. gest. Lugd. 1786.

[d] L. 1. quod. met. causs. (4. 2.).

[e] Cuiac Comm. ad L. 36. de V. O.

[f] L. 3. §. 1. L. 4. L. 7. L. 8. L. 22. h. t. (4. 2.) L. 4. 9. C. eod. (2. 20.).

[g] L. 3. §. 1. h. t. (4. 2.) Mevius P. 2. Dec. 41. P. 5. Dec. 273.

[h] L. 6. C. h. t. (2. 20.) L. 22. de rit. nupt. (23. 2.) cap. 14. 15. X. de sponsal. (4. 1.) Vergl. mit Willenberg de metu reverent. Gedan. 1707. Gail L. 2. Obs. 93. N. 22. Lauterbach coll. L. 4. T. 2. §. 15.

[i] L. 21. pr. h. t. (4. 2.).

[k] L. 7. pr. l. c. L. 9. 10. C. eod. (2. 20.) S. auch noch Huber pr. ad P. L. 4. T. 2. §. 2.

§. 152.

Fortsetzung. In Ansehung der Wirkungen eines ungerechten Zwanges unterscheide man: I) Er rührt von einem der Contrahenten her. Ist diefs, so bewirkt 1) der incidens nur Ansprüche auf Schadensersatz [l], hingegen 2) der caussam dans, wenn er A) unter Androhung gesetzmäfsiger Gewalt ausgeübt ist, unbedingt Nichtigkeit des Geschäfts [m]. Ist er B) von andrer Art, so ist a) ein stricti iuris negotium, und ein dissolvirendes Geschäft nicht ipso iure nichtig, sondern es mufs dagegen Restitution gesucht werden [n], während b) ein constituirendes bonae fidei negotium (und nach den von diesem geltenden Grundsätzen sind jetzt [o] alle Geschäfte zu behandeln) schlechthin dadurch vernichtet wird [p], wiewohl dem Gezwungenen, sofern es ihm vortheilhafter ist, auch die Rechtsmittel des Restituirten gestattet werden [q]. Hat II) ein Dritter den Zwang angewandt, aber 1) nicht direct in der Absicht, die dadurch bewirkte Handlung zu erpressen; so kann der Gezwungene diefs gegen seinen Contrahenten nicht anführen [r], es kommt ihm aber 2 unbedingt gegen diesen zu statten, wenn durch den Zwang die daraus erfolgte Handlung bezweckt ward [s]; doch versteht es sich, dafs der nicht gezwungene Contrahent, welcher hierunter leidet, sich an dem Zwingenden erholen kann.

Hübner über Ehre und Ehrlosigkeit S. 139 — 143.

[l] L. 5. C. h. t. (2. 20.).

[m] L. 11. 12. C. eod. L. 3. C. de cond. ob turpem causs. (4. 7.) L. 1. de concuss. (47. 13.).

[n] §. 1. I. de except. (4. 13.) L. 9. §. 3. L. 21. §. 4. 5. h. t. (4. 2.) L. 5. C. de inutil. stipul. (8. 39.).

[o] nach cap. 2. 4. X. de his quae vi (1. 40.) cap. un. eod. in 6. (1. 20.) Emminghaus ad Cocceii L. 4. T. 2. qu. 2. not. i.

[p] L. 14. §. 13. L. 21. §. 3. 4. h. t. (4. 2.) L. 2. §. 8. de vi bon. raptor. (47. 8.) L. 13. de sponsal. (23. 1.). L. 21. de ritu nupt. (23. 2.) L. 116. pr. de R. I. (50. 17. L. 1. C. de resc. vend. (4. 44.) Walch l. c. Sect. 1. §. 3. fgg. Emminghaus ad Cocceii L. 4. T. 2. qu. 2. A. M. ist Höpfner im Comm. §. 1005.

[q] L. 4. C. h. t. (2. 20.).

[r] L. 9. §. 1. h. t. (4. 2.) Voet Comm. eod. §. 1.

[s] L. 14. §. 3. h. t. (4. 2.) Die Worte eo sciente in L. 5. C. eod. (2. 20.) sind demnach blofs als enunciativ zu betrachten. A. M. ist Glück Comm. 4. B. S. 180. 181.

§. 153.

5) Ernstliche Einwilligung.

Die Einwilligung muſs endlich 5) von beiden Seiten ernstlich seyn, und nicht zum Schein (simulatio) gegeben werden [t]. Soll ein solcher Scheinvertrag (contractus mohatrae) nicht zur Bemäntelung eines andern dienen, so ist er, als Spielerey, ganz hinfällig; doch kann er, wenn er arglistig zur Berückung eines Dritten geschlossen ward, diesen zu Entschädigungsfoderungen berechtigen [u]. Dient er hingegen zur Verdeckung eines andern Geschäfts, so ist er nichtig, wenn dieses ungültig, oder wenn es in sich selbst ganz widersprechend, gültig hingegen, wenn das intendirte Geschäft an sich rechtsbeständig war; doch wird dann nicht das simulirte, sondern das intendirte Geschäft als Inhalt des Vertrages angesehen [x].

§. 154.

II) Ueber welche Sachen?

In der Regel können alle Sachen, körperliche sowohl als unkörperliche, gegenwärtige und zukünftige, Gegenstand eines Vertrags seyn. Verspricht Jemand für etwas Zukünftiges, es werde nun wirklich, oder nicht, eine Gegenleistung, so nennen viele dieſs pactum de spe; wenn er hingegen seine Gegenleistung ganz oder zum Theil von der gänzlichen oder theilweisen Existenz des zukünftigen Dinges abhängig macht, pactum de re sperata [y]. Das erste findet im Zweifel bey allen, gänzlich vom un-

[t] H. de Coccei de simulat. Frkf. 1693. (Exerc. vol. 1. n. 89.) C. Ziegler de mohatra contractu. Wittenb. 1663. G. Schubart de contractu simulato. Ien. 1692. Coccei ius contr. L. 18. T. 1. qu. 52-55. I. S. F. de Lichtenstein de simulat. circa matrim. Goett. 1743.

[u] L. 55. de contr. emt. (18. 1.) L. 54. de O. et A. (44. 7.) L. 21. C. de transact. (2. 4.) Leyser Sp. 42. m. 5.

[x] L. 6. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 24. L. 26. §. 1. depos. (16. 3.) L. 36. 38. de contr. emt. (18. 1.) L. 46. locat. (19. 2.) L. 5. C. si quis alteri vel sibi (4. 50.).

[y] L. 8. pr. §. 1. L. 34. §. 2. L. 39. §. 1. de contr. emt (18. 1.) L. 11. §. 18. L. 12. de act. E. V. (19. 1.) Die Terminologie ist indeſs nicht bey allen gleich. S. L. Baudiſs iustitia emt. aleae, occas. L. 8. de contr. emt. Alt. 1685. I. U. Cramer op. T. 2. n. 15. Höpfner Comm. §. 740. 866. H. M. Schütte de eo quod iustum est circa rer. futur. vendit. Erf. 1743. Westphal v. d. Handel über künft. ungewiss. Gewinn. Halle 1783.

gewissen Zufall abhängigen Objecten, das letzte hingegen bey den Dingen statt, deren Wirklichwerden sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Natur erwarten läſst [z].

§. 155.

Fortsetzung.

Es kann ferner nicht bloſs eine specielle Sache zum Gegenstande eines Vertrags gemacht werden, sondern auch eine Gattung, nur muſs diese nicht so unbestimmt angegeben seyn, daſs durch eine, den Worten gemäſse Wahl der Vertrag lächerlich gemacht werden kann [a]; auch darf das, was ein Contrahent zu leisten hat, nicht der bloſsen Willkühr desselben anheim gegeben werden [b]. Dem billigen Ermessen desselben kann man in bonae fidei negotiis die Bestimmung überlassen, welches dann zur Folge hat, daſs eine unbillige Bestimmung auf dem Wege Rechtens angefochten werden kann [c]. Auch ist es erlaubt, einen Dritten (arbitrator) zu jenem Zweck zu wählen; doch zerschlägt sich der Vertrag, wenn die Contrahenten die Wahl des unbestimmt ernannten Dritten nicht zu Stande bringen, oder derselbe den Auftrag ablehnt. Erfolgt aber dessen Ausspruch, so kann dieser, wenn er unbillig ist, gleichfalls durch eine sogenannte reductio ad arbitrium boni viri, wegen einer unmäſsigen Verletzung, bestritten werden [d].

§. 156.

Fortsetzung. Handel in

Wenn der Gegenstand eines Vertrags bestimmt ist, so kann er es durchaus seyn, oder

[z] S. die Allegate in not. 1. Glück Comm. §. 303. S. 192—200. A. M. ist Westphal a. a. O.

[a] L. 75. §. 1. L. 94. L. 115. pr. de V. O. (45. 1.) §. 22. I. de legat. (2. 20.) L. 37. pr. de legat. I. (30.) L. 60. de V. S. (50. 16.) vergl. mit Averan int. L. 4. c. 14. C. Thomasius de promiss. rei incert. Hal. 1715. §. 35. Gebauer de opt. vel elect. legat. c. 3.

[b] L. 7. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 17. L. 46. §. 3. L. 108. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 13. C. de contr. emt. (4. 38.).

[c] L. 1. 3. C. de dot. promiss. (5. 11.) L. 24. pr. locat. (19. 2.) L. 69. §. 4. de iur. dot. (23. 3.) L. 108. §. 1. de V. O. (45. 1.) Gothofred comm. ad L. 22. de R. I. Struv evol. contr. L. 18. T. 1. Th. 19.

[d] §. 1. I. de emt. vend. (3. 24.) L. 76—80. pro socio (17. 2.) Vinnii qu. sel. L. 1. c. 16. Stryk U. M. L. 17. T. 2. §. 6—13. Coccei I. C. L. 4. T. 8. qu. 1. 7. 8. 9. 10. L. 18. T. 1. qu. 26. Höpfner Comm. §. 870. not. 10.

Bausch und Bogen. nur in gewissem Betracht. Unter die letzte Rubrik gehört also der Vertrag, wodurch Jemand eine Sache in Bausch und Bogen (per aversionem), d. h. ein, aus mehreren Theilen bestehendes Ganzes so überlassen wird, daſs er, statt sich das Einzelne zuzählen, oder zumessen zu lassen, das Ganze annimt [e]. Der, welchem das Ganze zufällt, behält dann dasselbe, wenn es auch mehr, als er erwartete, enthalten sollte; der Andre hingegen braucht im Zweifel, auch wenn er im Allgemeinen (demonstrative) ein Maaſs angegeben haben sollte, das Fehlende nicht zu ersetzen, wozu er nur dann gehalten ist, wenn er sich bestimmt (restrictive s. modificative) dazu anheischig gemacht hat [f].

§. 157.

Fortsetzung. Honorarium. Es kann bey Verträgen von beiden, oder nur von einer Seite etwas bedungen werden. Läſst sich Jemand etwas für Dienste versprechen, welche keinen Marktpreis haben, wohin besonders die Ausübung liberaler Künste gehört, so heiſst dieſs Honorarium [g], wiewohl es auch wohl unter dem, sonst nur auf illiberale Dienste beschränkten [h] Ausdruck merces mit begriffen wird [i]; auch bezeichnet man durch den Ausdruck Honorarium dasjenige, was freywillig für unentgeltlich zu leistende Dienste gegeben wird [k].

§. 158.

Fortsetzung. Fremde Handlungen und Sachen. Nur das, was von den Contrahenten erworben und veräuſsert werden kann, läſst sich vollgültig zum Gegenstande eines Vertrags machen. Es kann sich also 1) Niemand das bedingen, was er schon hat, insofern es

[e] I. I. Fabri de emt. vend. per aversion. Aurel. 1683. Best ratio emend. leg. cap. 8.

[f] L. 13. §. 14. de act. E. V. (19. 1.) L. 4 §. 1. 2. de peric. et comm. r. v. (18. 6.).

[g] L. 1. pr. si mensor. fals. mod. (11. 6.) L. 38. locati (19. 2.).

[h] S. die vorige Note und L. ult. de his qui effud. (9. 3.) vergl. mit Weber nat. Verb. §. 13. 14.

[i] L. 4. ubi pup. educar. (27. 2.).

[k] L. 6. pr. mandat. (17. 1.). A. F. Trendelenburg de honorario. Kil. 1775.

nämlich schon unbedingt sein ist [l]. Eben so wenig kann 2) dasjenige vollgültig versprochen werden, worüber der Promittent nicht zu schalten befugt ist. Deswegen ist denn A) kein bindender Vertrag über unmoralische, widerrechtliche [m] oder fremde Handlungen denkbar [n], ausgenommen, wenn der Promittent über die fremden Handlungen zu schalten befugt ist [o], wenn er sie bey Strafe versprach [p], oder wenn das Versprechen bloſs dahin geht (und so versteht man jetzt alle Verträge dieser Art), daſs man sich bemühen wolle, den Dritten zu einer Handlung zu bewegen [q]; in welchem letzten Fall jedoch, wenn die Handlung aller Mühe ungeachtet nicht erfolgt, der Promittent im Zweifel, sofern seine subsidiarische Verbindlichkeit nicht in der Natur des Geschäfts liegt [r], keineswegs auf das Interesse belangt werden kann [s]. Eben so ist B) jeder Vertrag unvollkommen, welcher über dem Verkehr entzogene Sachen, es sey dieſs nun absolut, oder nur in Beziehung auf die Contrahenten geschehen, eingegangen ward [t], wiewohl, wenn beiden Theilen, oder nur einem, die Beschaffenheit der Sache unbekannt war, aus dem Vertrage für den Irrenden allerdings persönliche Ansprüche gegen den Andern entspringen [u].

§. 159.

Fortsetzung.

Unter diese letzte Rubrik gehören auch in gewissem Betracht fremde Sachen, jedoch unter folgenden Bestimmungen: was Jemand eigenes an einer fremden Sache hat, kann er, falls es nicht beson-

[l] L. 34. §. 4. L. 61. de contr. emt. (18. 1.).

[m] L. 6. §. 3. L. 22. §. 6. mandat. (17. 1.). L. 15. de condit. inst. (28. 7.). L. 35. pr. §. 1. de V. O. (45. 1.).

[n] I. N. Hert de oblig. alium daturum facturum. (opusc. V. 1. T. 3.).

[o] L. 5. de duob. reis (45. 2.) Cuiac Obs. L. 5. c. 35.

[p] §. 21. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 38. §. 2. de V. O. (45. 1.).

[q] §. 3. 21. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 38. pr. L. 83. pr. de V. O. (45. 1.). Höpfners Comment. §. 737. not. 4.

[r] L. 13. pr. L. 19. ratam rem hab. (46. 8.)

[s] Glück Comm. §. 304. S. 210. fgg.

[t] L. 4. L. 5. L. 34. §. 2. de contr. emt. (18. 1.)

[u] §. 5. I. de emt. vend. (3. 24.) L. 4. 5. 6. L. 22. 23. 24. L. 34. §. 2. L. 62. §. 1. L. 70. de contr. emt. (18. 1.).

ders verboten ist, auf einen andern übertragen [x]; ist aber von wirklich fremdem Gut die Rede, so ist a) die Uebertragung auf den Fall des künftigen Erwerbes unbedingt erlaubt [y], so wie b) wenn der Dritte ausdrücklich oder stillschweigend einwilligt, es sey vor, oder nachher [z]. Die Ratihabition wirkt sogar rückwärts [a]; doch versteht es sich, daſs erworbenen Rechten eines Dritten dadurch nicht geschadet werden kann [b]. Ist der Fall hingegen c) nicht von dieser Art, so erzeugt der Vertrag, wenn beiden Contrahenten die Beschaffenheit der Sache unbekannt war, persönliche Rechte unter denselben [c], so wie er nichtig ist, wenn das Gegentheil stattfand [d]. Wuſste nur einer der Contrahenten um die Beschaffenheit der Sache, so ist dieſs entweder der Promittent, oder der Acceptant. Im letzten Fall verpflichtet der Vertrag nur den Acceptanten, wiewohl er, wenn er eine Gegenleistung zu geben hat, diese durch eine Einrede zurückhalten darf, sofern der Promittent ihm die fremde Sache nicht geben kann [e]; in jenem Fall hingegen ist der Vertrag, freilich ohne Nachtheil des Dritten, unter den Contrahenten vollgültig [f]. Auch da, wo nach der Strenge des Rechts zur Gültigkeit des Geschäfts erfoderlich ist, daſs der Promittent Eigenthümer der Sache sey, kann dennoch auf Rückfoderung oder Gegenleistung eine Billigkeitsklage angestellt werden [g].

[x] L. 1. 2. C. si pignus pignori (8. 24.) L. 6. C. de locat. conduct. (4. 65.).

[y] L. 1. pr. L. 15. §. 1. de pignor. (20. 1.).

[z] L. 20. pr. L. 27. de pignor. Act. (13. 7.).

[a] L. 16. §. 1. de pignor. (20. 1.).

[b] C. G. Gmelin de jure pignor. vel hypoth. quod creditori debitor in re sibi non prop. constit. §. 46. vergl. jedoch mit Westphal Pfandr. §. 116. not. 138.

[c] L. 9. §. 4. de pignor. act. (13. 7.). P. Faber Semestr. L. 2. c. 17. 18.

[d] L. 34. §. 3. de contr. emt. (18. 1.).

[e] L. 16. §. 1. de pignor. act. (13. 7.) L. 27. C. de evict. (8. 45.) L. 34. §. 3. de contr. emt. (18. 1.).

[f] L. 34. §. 3. cit. L. 30. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 16. commod. (13. 6.) L. 22. §. 2. de pign. act. (13. 7.) L. 1. §. 39. depos. (16. 3.).

[g] L. 2. §. 4. de reb. cred. (12. 1.) vergl. mit L. 12. in f. L. 13. pr. §. 1. L. 19. §. 1. eod. Ferner: L. 1. §. 2. 3. de rer. permut. (19. 4.) vergl. mit L. 1. §. 1. eod. L. 5. §. 2. in fin. praescript. verb. (19. 5.) Glück Comm. §. 304. S. 202. 203.

§. 160.

IV) Wirkungen der Verträge. 1) Verhältnisse unter den Contrahenten.

Was die Wirkungen der Verträge betrifft, so ist es 1) eine Hauptregel, dafs nur unter den Contrahenten Rechtsverhältnisse dadurch begründet werden, dafs also ein Dritter weder dadurch verpflichtet wird [h], noch sich daraus Rechte zuschreiben kann. Ein solcher Vertrag zum Besten eines Dritten ist selbst unter den Contrahenten ungültig [i]; doch gilt er in aller Hinsicht, wenn der Dritte mit den Contrahenten als Eine Person angesehen werden kann [k], und nach der Meynung vieler, wenn er eidlich bestärkt [l], oder zum Vortheil einer frommen Stiftung geschlossen ist [m]. Unter den Contrahenten hingegen gilt er, wenn der Acceptant ein eignes Interesse bey der Leistung [n], oder sich auf den Fall der Nichterfüllung eine Strafe bedungen hat [o]. Es sind freilich, wie in der Folge erhellen wird, mancherley Ausnahmen hievon gemacht, allein die Regel ist durch kein neueres Gesetz aufgehoben [p]. Die Behauptung mancher, dafs ein Dritter, jetzt nach dem Naturrecht, aus dem, zu seinem Vortheil geschlossenen Vertrage eines Dritten klagen könne [q], setzt den zwiefach unmöglichen Beweis voraus, dafs das Naturrecht wirklich dem Römischen Recht widerstreite, und diesem vorzuziehen sey.

§. 161.

2) Befreyung oder

Um 2) die Wirkungen der Verträge unter den Contrahenten näher zu bestimmen, mufs

[h] L. 27. §. 4. de pact. (2. 14.) L. 25. C. eod. (2. 3.) L. 74. de R. I. (50. 17.) Tit. C. inter alios acta aliis non nocere (7. 60.).

[i] L. 11. de O. et A. (44. 7.) L. 38. §. 17. L. 126. §. 2. de V. O. (45. 1.) J. H. Boehmer de iure ex pacto tertii quaesito. Hal. 1735. H. de Cocceii de iure tertii. Heidelb. 1685. C. F. Ferber de stipulat. tertio facta. Lips. 1688.

[k] z. B. versprechen für den Erben L. un. C. ut. act. et ab hered. (4. 11.), den Hausvater und Herrn L. 45. pr. L. 62. de V. O. (45. 1.) für den Mandans und für Untergebene L. 5. §. 9. de pec. const. (13. 5.) L. ult. C. quando ex facto tut. (5. 39.).

[l] Ferber l. c. Th. 37-39.

[m] Ferber l. c. Th. 52. 53.

[n] L. 38. §. 20. L. 118. §. 2. de V. O. (45. 1.) L. 25. de pact. (2. 14.) L. 3. C. de inutil. stip. (8. 39.).

[o] §. 19. I. eod. (3. 20.) Ferber l. c. Th. 18-23.

[p] Fachinei contr. L. 3. c. 19. Hilliger ad Donellum L. 12. c. 16.

[q] Höpfner Comment. §. 738. Ferber l. c. §. 40-52.

Verpflichtung. Hiebey der — man zuvörderst A) zwischen befreyenden (liberatoriis, negativis, de non petendo), und verpflichtenden (obligatoriis, affirmativis) unterscheiden. Jene heben eine bestehende Verbindlichkeit auf, und zwar entweder nach der Strenge des Rechts (ipso iure), oder nur nach der Billigkeit (jure exceptionis); diese hingegen setzen eine neue Verbindlichkeit, welche, wenn dem Vertrage alle rechtlichen Wirkungen beygelegt sind, nicht bloss durch Einreden, sondern auch durch Klagen verfolgt werden kann [r].

§. 162.

Unterschied zwischen contractibus und pactis.

Bey den Römern wurden nur die bloss natürlichen, und durch simple Einwilligung entstandenen Verbindlichkeiten durch jeden Vertrag ipso iure vernichtet [s]; auch war es, selbst noch zu Justinians Zeiten [t], Regel, dass aus verpflichtenden Verträgen keine Klage, sondern nur eine Einrede entspringe [u]. Sollte ein befreyender Vertrag andere Verbindlichkeiten ipso iure vernichten, oder ein verpflichtender klagbar seyn: so musste eine besondere gesetzliche Bestätigung nachgewiesen werden. Diess führt denn von selbst auf die Lehre der Römer über pacta und contractus [x].

§. 163.

Fortsetzung.

Schon durch das ältere Civil-Recht wurden viele Verträge für vollgültig und klagbar erklärt. Diese hiessen contractus, welcher Ausdruck

[r] L. 17. §. 1. 2. L. 27. §. 3. de pact. (2. 14.) Cocceii l. C. eod. Tit. qu. 15. 16. 17.

[s] L. 95. §. 4. de solut. (46. 3.) Vinnius ad §. ult. I. quib. mod. toll. oblig. (3. 30.).

[t] Nov. 136. c. 4. Nov. 162. c. 1. pr. Voorda elect. c. 21. Müller ad Leyser Obs. 152. Emminghaus ad Cocceii L. 2. T. 14. qu. 10. not. k.

[u] L. 1. pr. L. 7. §. 7. L. 40. §. 3. L. 45. de pact. (2. 14.) A. M. ist Höpfner Comm. §. 747. not. 6. Ueber das Geschichtliche dieser Materie vergl. Galvan de usufr. Diss. 16. n. 13. Noodt de pactis L. 1. c. 1. mit Griesinger v. d. Verb. d. Vertr. 1. B. 3. Cap. §. 5. not. o.

[x] Vergl. überh. A. Vinnius Tr. de pact. et contractibus. l. D'Avezan contr. lib. 1. (Meermann Thes. T. 4.) Galvan de usufr. c. 16. 17. Noodt de pact. et transact. (op. T. 1.) c. 9—12. Langsdorf de pact. et contract. Romanor. Manh. 1772. auch deutsch mit Anmerk. v. Hugo im Civ. Mag. 1. B. 4. Hft. N. 18.

jedoch im Allgemeinen jeden Grund einer Verbindlichkeit bezeichnet [y]. Auch in den neuern Zeiten wurden manche bestätigt. Diese behielten aber, wenn sie nicht in den Gesetzen ausdrücklich contractus genannt wurden, den Namen pacta [z], sie mochten nun durch das neuere Civil-Recht bestätigt seyn (pacta legitima) [a], oder durch den Prätor (pacta praetoria). Die jetzigen Juristen pflegen diese, in den neuern Zeiten bestätigten Verträge pacta non nuda, s. vestita, s. iusta zu nennen [b], alle anderen unbestätigten hingegen hiefsen pacta nuda [c].

§. 164.

Fortsetzung.

Die Theorie des Römischen Rechts über die Contracte [d] ist folgende: a) jeder Vertrag kann zu einem Contract erhoben werden, wenn er in eine feierliche Formel (stipulatio) eingekleidet wird. Ist diefs geschehen, so nennt man ihn einen Verbal-Contract. b) Eine solenne Scriptur kann eben diefs bewirken; doch ist das, was man in den Institutionen L. 3. T. 22, unter der Rubrik der Literal-Contracte vorzutragen pflegt, ein sehr unpassendes Beyspiel hiefür [e]. c) Vier Verträge (emtio, locatio, mandatum, societas) sind durch das ältere Civil-Recht schon als blofse Verträge für vollgültig erklärt. Diese heifsen Consensual-Contracte. Endlich sind d) noch vier andere Verträge (mutuum, commodatum, depositum, pignus), in dem Fall namentlich für vollgültig erklärt, wenn zu der Einwilligung die wirkliche Leistung (res) hinzukom-

[y] L. 20. de iudic. (5. 1.) L. 52. de re iudic. (42. 1.) D'Avezan l. c. L. 1. c. 2. Westenberg de causs. obl. Diss. 2. c. 2. §. 3.

[z] S. überh. Inst. L. 3. T. 14. — 27. Galvan l. c. cap. 17. Noodt l. c. cap. 9. Hugo Civ. M. a. a. O. S. 456-458.

[a] L. 6. de pact. (2. 14.).

[b] Vergl. Cuiac Obs. L. 11. c. 17. Vinnius de pact. c. 5. §. 5. Wachendorf de pact. nudis (in diss. triad.).

[c] Pauli Sent. rec. L. 2. T. 14. L. 7. §. 4. de pact. (2. 14.).

[d] Vergl. überh. instit. L. 3. Tit. 14. fgg. L. 7. pr. §. 1—7. de pact. (2. 14.) L. 1. 2. 3. de praescr. verb. (19. 5.).

[e] Bachov ad Treutler Vol. 1. Disp. 20. Th. 2. G. G. Titius de putativo contr. literali. Lips. 1691. Langsdorf l. c. §. 5. 13. Meurer iur. Beob. 1. S. 3. Aufs. — Es gibt indefs Literal-Contracte, und zwar noch jetzt. L. 23. C. ad SCt. Velleian. (4. 29.) L. 17. C. de fide instr. (4. 21.) vergl. mit Cocceii I. C. L. 12. T. 1. qu. 20. Hugo a. a. O. S. 450.—52.

me. Diese heifsen Real-Contracte. In der Folge nahm die Praxis den allgemeinen Grundsatz an, dafs man bey jedem, an sich nicht klagbaren Vertrage durch die wirkliche Leistung seinen Mit-Contrahenten zur Gegenleistung vollgültig verpflichten könne. Weil die vorhingedachten vier Real-Contracte namentlich im Civil-Recht genannt waren, nicht aber die Verträge, welche unter den eben erwähnten Grundsatz gebracht werden können: so bezeichnete man jene durch die Benennung genannte (nominati, certi), diese durch den Namen ungenannte (innominati, incerti) Real-Contracte [*f*]. Die letzten lassen sich auf die vier reinen Fälle, do ut des; do ut facias; facio ut des; facio ut facias reduciren, obgleich es scheint, dafs man Anfangs am geneigtesten war, blofs aus den, mit einem wirklichen Geben beginnenden Geschäften eine Klage zu gestatten [*g*]. Ein ungenannter Contract kann übrigens recht wohl im gemeinen Leben einen besondern Namen haben, und es ist eine leere Spielerey, ihn dann [*h*] einen irregulairen zu nennen. Uebrigens waren nur die Verbal-Contracte stricti iuris (§. 69.), alle übrigen bonae fidei contractus [*i*].

§. 165.

Fortsetzung.

Zwischen diesen ungenannten, und jenen genannten Contracten fanden übrigens mehrere merkwürdige Unterschiede statt [*k*]. Von den letzten, weil alle namentlich einzeln im Civil-Recht aufgeführt waren, producirte jeder eine besondere nach ihm benannte Klage. Die ersten hingegen erfoderten, wegen ihrer unendlichen Mannigfaltigkeit, dafs in jedem einzelnen Fall die Klagformel nach den besonderen vorliegen-

[*f*] L. 3. praescr. verb. (19. 5.) L. 9. pr. de reb. cred. (12. 1.) H. Hahn de contr. innominatis. Helmst. 1643.

[*g*] L. 7. §. 2. de pact. L. 5. §. 1. 2. 3. L. 15. L. 22. de praescr. verb. (19. 5.) §. 1. I. de locat. (3. 25.). Emminghaus ad Cocceii L. 19. T. 5. qu. ult. Reichhelm Vers. eines Beweises, dafs der Römer nur zwey Arten der ungen. Contr. kannte. Hal. 1800. Hübner und Tittmann Bibl. 1800. 2. B. 2. Hft. n. 68.

[*h*] mit Hahn l. c. Th. 21. 22. 25. u. a.

[*i*] §. 2. I. de iure nat. (1. 2.) §. 28. I. de act. (4. 6.) L. 99. pr. de V. O. (45. 1.) Glück Comm. §. 310.

[*k*] I. A. Frommann de contractuum nominatorum et innominatorum differentia. Tub. 1671.

den Umständen normirt ward. Die, aus allen auf Erfüllung zu richtende Klage hiefs daher allgemein actio praescriptis verbis, oder in factum [l], wiewohl, wenn der Vertrag im gemeinen Leben einen besondern Namen hatte, dieser auch noch wohl als Zusatz hinzugefügt ward [m]. Die genannten Contracte waren ferner schlechthin für vollgültig erklärt. Die Formel, der Consens, und die Leistung waren also bey ihnen nur letzter Grund der Vollendung des Geschäfts, und kein Contrahent konnte, wenn der Contract existirte, von demselben abgehen, vielmehr durfte die Contracts-Klage nur allein auf Erfüllung des Gegenversprechens angestellt werden [n]. Bey den ungenannten Contracten hingegen hatte man die Verbindlichkeit blofs auf die geschehene Leistung gebauet. Dadurch wird aber nur der Empfänger verpflichtet. Der Geber konnte also die actio praescriptis verbis auf Erfüllung anstellen, er konnte aber auch, so lange die Gegenleistung nicht erfolgt war, oder der Empfänger zur Erfüllung des Vertrags keine, dem Empfangenen gleichkommenden Verwendungen gemacht hatte, durch die condictio ob caussam datorum, oder condictio caussa data, caussa non secuta das Gegebene schlechthin der Sinnesänderung wegen (ob poenitentiam) zurückfodern [o]. Bey den, mit einem Thun angefangenen Verträgen fiel freilich nach der Natur der Sache, und beym Vergleich aus politischen Gründen diefs ius poenitendi weg [p]; auch war bey einigen genannten Contracten (z. B. der Societät) einseitige Aufhebung des Vertrags erlaubt. Allein dennoch ist

[l] Tit. P. de praescr. verb. (19. 5.) Cuiac not. prior. ad §. 2. I. locat. Schulting thes. contr. Dec. 74. Th. 4. V. Riemer de praescr. verb. et in fact. act. Jen. 1619. C. F. Meister de in fact. act. Goett. 1748. (op. T. 1. n. 7.).

[m] L. 1. de aestimat. (19. 3.) vergl. mit L. 17. §. 1. praescr. verb. (19. 5.) Cocceii I. C. L. 19. T. 3. qu. 13.

[n] Arg. L. 5. §. 1. praescr. verb. (19. 5.) L. 3. C. de resc. vend. (4. 44.) L. 2. C. quando liceat ab emtione disc. (4. 45.) L. 5. C. de obl. et act. (4. 10.).

[o] L. 3. §. 3. L. 5. pr. §. 3. 4. de cond. caussa data causs. non sec. (12. 4.). Noodt prob. L. 4. c. 4. 5. I. van der Neck D. ad L. ult. de cond. c. d. c. non sec. (Oelrichs Thes. nov. V. II. T. II.). Andre Gründe jener Bestimmung vertheidigt Schilter ex. 24. §. 7.

[p] L. 65. §. 1. de cond. indeb. (12. 6.) L. 5. §. 3. 4. de praescr. verb. (19. 5.) L. 29. C. de transact. (2. 4.).

das ius poenitendi ein generisches Merkmal der ungenannten Contracte [q].

§. 166.

Fortsetzung.

Die Pacta legitima und praetoria lassen sich nicht, wie die Contracte, auf Classen zurückführen, sondern müssen im speciellen Theil einzeln angegeben werden. Nur die einzige Regel läfst sich, durch Verbindung des prätorischen Rechts [r] mit Justinians Vorschriften [s], aufstellen, dafs jede existirende Verbindlichkeit, sie sey aus einem Vertrage entsprungen oder nicht, klagbar gemacht wird, wenn in Beziehung auf dieselbe das Versprechen, sie zu erfüllen, geschieht [t]. Man nennt diefs constitutum, und theilt es ein in constitutum debiti proprii und alieni, je nachdem das Versprechen in Beziehung auf eine eigne oder fremde Schuld geschieht [u]. Die genauere Erörterung der Natur desselben gehört in den besondern Theil.

§. 167.

Fortsetzung.

Da Nebenberedungen bey unfeierlichen Verträgen gewöhnlich und nothwendig sind, so nahmen die Römer den allgemeinen Grundsatz an, dafs alle, der Natur eines klagbaren bonae fidei Geschäfts nicht widerstreitenden Nebenverträge, wenn man sie dem Hauptgeschäft sofort hinzufüge (pacta adiecta), als Theil desselben angesehen werden sollten, dafs also die, aus dem Hauptgeschäft entspringende Klage auf Erfüllung derselben angestellt werden könne [x]. Ward ein solcher Vertrag, als neuer Zusatz, nach völligem Abschlufs des Geschäfts demselben, oder ward er einem stricti iuris negotio hinzugefügt, so erzeugte er nur eine Einrede [y];

[q] H. de Cocceii de iur. poenitendi in contractibus. Frkf. ad V. 1704. Sect. 3. 4. A. M. ist Langsdorf l. c. §. 29.

[r] Tit. P. de constit. pecun. (13. 5.).

[s] L. 2. C. eod. (4. 18.) §. 8. 9. I. de act. (4. 6.) Theophili paraphr. ad §. 8. I. l. c. Salmasius de modo usurar. p. 721. fgg.

[t] Weber v. d. nat. Verb. §. 125.

[u] I. C. Koch de const. deb. alieni. Kil. 1777.

[x] L. 7. §. 5. de pact. (2. 14.) L. 13. C. eod. (2. 3.) S. überhaupt Noodt de pact. c. 11. 12. Bynkershoek de pactis stricti iur. contr. in contin. adject. Lugd. Bat. 1699. (op. T. 2.) I. B. Friesen de pacto adiecto. Jen. 1694. Sammlung der Röm. Gesetze. Frkf. u. Lpz. 1785. S. 21. fgg.

[y] L. 7. §. 5. de pact. (2. 14.)

doch versteht es sich von selbst, daſs, wenn ein Consensual-Geschäft nachher durch einen simpeln Vertrag in seinen wesentlichen Theilen umgewandelt ward, dieses neue Geschäft, als wirklicher Consensual-Contract, auch die Wirkungen eines solchen haben muſste [z].

§. 168.

Fortsetzung.

Nach jetzigem Recht hat jeder simple Vertrag die volle Wirkung eines feierlichen Vertrages der Römer [a]. Hieraus folgt denn, 1) daſs bey uns jeder simple Vertrag eine Klage auf Erfüllung des Versprochenen erzeugt, auch wenn das, wodurch er bey den Römern zum Contract hätte erhoben werden müssen, nicht existirt, daſs aber die Verpflichtung ex re nur erst durch wirkliche Leistung entstehen kann, daſs wir also jetzt nur noch Consensual- und Realverträge haben, und Literal-Contracte bloſs da, wo Gesetze oder Verträge die Schrift zur Vollendung eines Vertrags besonders erfodern. 2) Daſs bey den ungenannten Contracten der Römer jetzt das ius poenitendi wegfällt, und daſs ein solcher Contract nun eben so vollgültig ist, wie ein genannter. 3) Daſs alle, selbst dem Hauptgeschäft widerstreitenden, und nach einer Zwischenzeit geschlossenen pacta adiecta klagbar sind, sofern sie nur nicht überhaupt in jeder Form durch die Gesetze verboten würden [b], ein Punct, welcher freilich bey der Unbestimmtheit des römischen Rechts in manchen Fällen schwer auszumitteln ist.

§. 169.

3) Einseitige, zweyseitige Verträge.

Die rechtlichen Folgen eines Vertrages hängen ferner 3) sehr davon ab, ob der Vertrag ein einseitiger (unilateralis, simplex), oder ein zweyseitiger (bilateralis, reciprocus) ist, d. h. ob nach der Natur des Geschäfts nur Ein Theil etwas zu leisten hat, oder ob danach beide Theile zu

L. 40. de R. C. (12. 1.) L. 72. pr. de contr. emt. (18. 1.) Ueber die verschiedenen Ideen wegen der contr. stricti iuris: Wachendorf de pactis nudis, cap. 2. §. 9. Bynkershoek ad L. Lecta 40. de reb. cred. (op. T. 2.) D'Avezan l. c. L. 1. c. 22. Voorda elect. c. 19.

[z] L. 7. §. 6. de pact. (2. 14.) L. 72. pr. de contr. emt. (18. 1.).

[a] Cap. 1. 3. x. de pact. (1. 35.). Griesinger a. a. O. §. 10. 13.

[b] Weber v. d. natürl. Verb. §. 81–85.

Gegenleistungen verpflichtet sind [c]. In jenem Fall kann der Berechtigte unbedingt auf Erfüllung klagen, in diesem hingegen ist die Leistung des einen durch die des andern bedingt, und jeder Theil kann mittelst der Einrede des nicht erfüllten Contracts seine Gegenleistung so lange zurückhalten, bis der andere seiner Verbindlichkeit nachgekommen ist [d]. Diese Einrede (exceptio non adimpleti contractus) braucht auch von dem, welcher sie vorschützte, und zwar in allen Arten des Processes [e], sofern die Vorschützung derselben bestimmt genug geschah, nicht erwiesen zu werden, wohl aber die Einrede, daſs der Contract zwar erfüllt, die Leistung aber fehlerhaft geschehen sey (exceptio non rite adimpleti contractus) [f].

§. 170.

Fortsetzung. Bey zweyseitigen Contracten sind beide Theile sofort vermöge der Natur des Contracts einander verpflichtet; beide haben also sogleich eine sogenannte actio directa (aus der Natur des Vertrags folgende Klage) gegen einander. Bey einseitigen Verträgen hat nur der eine Theil eine actio directa. Der andere Theil kann bey einem jeden Vertrage dieser Art auch zufällig (z. B. durch dolus und culpa) verpflichtet werden. Gewöhnlich werden diese Verbindlichkeiten durch eine, gleichfalls nach dem Contract benannte Klage verfolgt, welche man, weil sie nicht im Wesen des Geschäfts gegründet ist, actio contraria nennt. In einigen Fällen (z. B. bey dem mutuo) können indeſs diese zufällig entstehenden Foderungen nicht durch eine, nach dem Contract benannte Klage, sondern nur durch die allgemeinen, auf Schadensersatz gehenden Klagen, ver-

[c] Ganz verwerfen die contr. unilaterales: Freher parerg. L. 1. c. 16. (Otto Th. T. 1.) G. Barth de negatione contr. unilateralium. Lips. 1705. allein s. I. Schack de affirmatione contract. unilateralium. Gryph. 1708.

[d] L. 13. §. 8. L. 25. de act. E. V. (19. 1.) L. 21. C. de pact. (2. 3.) Cocceii I. C. L. 19. T. 1. qu. 3. I. F. Wahl de natur. et indole implem. non secuti. Goett. 1751. H. C. F. Wehrn de except. non adimpl. contr. Erf. 1790.

[e] F. A. Künhold de usu except. non adimpl. contract. hodierno. Lips. 1726.

[f] Leyser Sp. 208. M. 1. Sp. 238. M. 2. 3. Müller ad Leyser Obs. 850. Hommel rhaps. Obs. 87. A. D. Weber über die Verb. zur Beweisführ. im Civ. Proceſs. Hal. 1805. VI. n. 27.

folgt werden. Manche nennen blofs Verträge der letzten Art unilaterales, einseitige Verträge der ersten Art hingegen (unschicklich) bilaterales inaequales; wiewohl es offenbar irrig ist, wenn sie den Grund der Einseitigkeit der ersten darin suchen, weil hier ein Theil auch nicht einmal zufällig verpflichtet werden könne [g].

§. 171.

4) Verpflichtung zur Annahme.

Es haben ferner 4) obligatorische Verträge die Wirkung, dafs der Acceptant verpflichtet ist, sich das Versprochene leisten zu lassen. Verweigert er diefs, so mufs der Promittent, um sich zu befreyen, in der Regel nach allgemeinen Grundsätzen das versprochene Object deponiren; doch ist bey dem Weinverkauf das Besondere, dafs der Verkäufer den Wein, nach vorgängiger Drohung, weggiefsen kann, um seine Fässer leer zu schaffen [h].

§. 172.

5) Zur Uebernahme des Zufalls, und Einräumung der Vortheile.

Eine fernere wichtige Folge ist, 5) dafs die Vollendung des Vertrags in vielen Fällen die Gefahr und die Vortheile des Gegenstandes desselben auf den Acceptanten überträgt, und dafs der casuelle Untergang der Sache den Promittenten von seiner Verbindlichkeit befreyet [i]; doch ist diefs unter folgenden näheren Bestimmungen zu verstehen.

§. 173.

Lehre vom Zufall.

Zufall (casus) im Allgemeinen heifst jede unerwartete oder unabwendliche Begebenheit [k]. Die daraus möglicherweise entspringenden

[g] Diefs gegen Höpfner Comment. §. 750., welcher sich durch §. 769. not. 1. selbst widerlegt.

[h] L. 1. §. 3. 4. L. 2. pr. de peric. et c. r. v. (18. 6.). Bynkershoek Obs. L. 6. c. 25.

[i] Wernher Obs. Vol. 3. P. 4. Obs. 214. I. Moormann de peric. et comm. r. v. Lugd. Bat. 1717. F. Alef de peric. et comm. r. v. Heidelb. 1742. I. B. Barthelemy de eo quod iust. est circa peric. et comm. r. v. Argent. 1776. Westphal v. Kauf etc. §. 577-604. I. A. Reichard de casu oblig. tollente. Jen. 1767. C. H. Breuning de casus praestat. Lips. 1768. C. H. Brandenburg princ. quaed. general. de casus praestat. Goett. 1793.

[k] L. 11. §. 5. de minor. (4. 4.) L. 15. §. 2. locat. (19. 2.) L. 1. §. 4. de O. et A (44. 7.). Averan interpr. L. 2. c. 16.

nachtheiligen Folgen werden die Gefahr (periculum) genannt. Denkt man den Zufall als die ganze Sache vernichtend, es sey nun durch Destruction oder Verlust, so nennt man die Gefahr periculum interitus; denkt man ihn hingegen nur als die Qualität der Sache verderbend, so heifst die Gefahr periculum deteriorationis [l]. Der Ausdruck Gefahr schlechthin bezeichnet beide [m].

§. 174.

Fortsetzung.

Die Lehre vom Zufall ist durch die Beantwortung der beiden Fragen erschöpft: erstlich, wessen ist nach allgemeinen Grundsätzen der Schaden, welcher sich durch einen Zufall ereignet (wer trägt den Schaden, quis casum sentit)? und zweytens, in welchen Fällen mufs Jemand ausnahmsweise den Schaden über sich nehmen, welcher einen Andern nach jenen allgemeinen Grundsätzen würde getroffen haben (wer ersetzt den Schaden, quis casum praestat)?

§. 175.

Wer trägt den Schaden?

In Betreff der ersten Frage ist es I) Hauptgrundsatz, dafs jeder, welcher an einem Gegenstande Rechte hat, durch den Zufall diese Rechte verliert, sofern dadurch der Gegenstand des Rechts vernichtet wird [n]. II) Stehen Personen in vertragsmäfsigen, noch nicht abgeschlossenen Verhältnissen, so gilt ganz dasselbe [o]. Ist III) der Vertrag wirklich abgeschlossen, so unterscheide man: 1) der Contrahent, welchen der Zufall an Erfüllung des Vertrages hindert, hat von dem andern schon die Gegenleistung empfangen: alsdann befreyet ihn der Zufall von der Verpflichtung,

[l] L. 1. pr. L. 4. pr. §. 1. L. 8. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.).

[m] L. 1. pr. L. 8. pr. eod. §. 3. I. de contr. emt. (3. 24.)

[n] L. 5. §. 2. L. 10. §. 7. L. 51. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.) L. 8. pr. quib. mod. pign. vel hyp. solv. (20. 6.).

[o] §. 3. I. de emt. vend. (3. 24.) L. 7. de contr. emt. (18. 1.) L. 8. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 17. C. de fide instrum. (4. 21.). z. B. bey Literalcontracten vor der Scriptur. Lauterbach coll. L. 18. T. 6. §. 10. Ueber die aus deutschem Recht (am richtigsten bejahend) zu entscheidende Frage: ob der Käufer vor erfolgter Resignation die Gefahr trage? s. Voet L. 18. T. 6. §. 6. Stryk ibid. §. ult. G. Wernsdorf de peric. et comm. praedii ante resignationem iudicialem. Vit. 1782.

das Versprochene zu leisten; das Empfangene hingegen braucht er nicht zu restituiren [p], ausgenommen, wenn es ihm pränumerirt war, d. h. wenn es ihm eigentlich zufolge der Natur des Geschäfts erst nach der, von seiner Seite vollständig erfolgten Leistung hätte gegeben werden sollen [q]. Ist aber 2) jenes nicht der Fall, so ist entweder A) von einem Thun die Rede. Ereignet sich dann der Zufall a) in der Person dessen, dem das Factum geleistet werden soll, so braucht der Promittent das Factum nicht zu leisten, kann aber den ihm versprochenen Lohn fodern [r]. Ereignet er sich hingegen b) in der Person des Promittenten, so ist dieser freilich von der Leistung des Facti frey, er kann aber auch, wenn ihm die Gesetze nicht aus besonderer Begünstigung ein Deservitum einräumen [s], den Lohn in eben der Maafse, als er das Factum zu leisten aufser Stande war, nicht verlangen [t]; doch darf wegen kleiner Hinderungen der Lohn nicht sofort verkürzt werden [u]. Ist hingegen B) vermöge des Contracts etwas zu geben, so ist entweder a) das Object desselben in aller Rücksicht gewifs bestimmt: in diesem Fall wird der Promittent durch den Zufall von seiner Verpflichtung befreyt, und der Acceptant hat das periculum deteriorationis und interitus zu tragen [x]; doch hat er nicht allein den Schaden, sondern jeder verliert dadurch, dem Rechte

[p] L. 3. §. 3. L. 5. pr. de cond. caussa data (12. 4.) L. 38. §. 1. locat. (19. 2.) L. 1. §. 13. de extraord. cognit. (50. 13.) Noodt probab. L. 4. c. 5. Voet L. 12. T. 4. §. 4. 5. Cocceii ibid. qu. 5—9. Reichardt l. c. §. 14. A. M. ist mit Vielen Glück Comment. 4. Thl. §. 326. b. a. E.

[q] L. 15. §. 6. L. 19. §. 6. locati (19. 2.).

[r] L. 38. pr. eod.

[s] z. B. L. 4. de offic. assessor. (1. 22.) L. 19. §. 10. locati (19. 2.) L. 3. §. 6. L. 5. §. 6. C. de advocat. div. iudic. (2. 8.) I. H. Boehmer de anno deservito. (Exerc. T. 3.) Struben 2. B. 122. Bed. Glücks Comm. §. 326. a. not. 27. S. 370.

[t] L. 15. §. 6. locat. (19. 2.) A. M. ist Leyser Sp. 212. m. 5. Allein s. Struben 3. B. 69. Bed.

[u] L. 27. pr. eod. Weber v. d. nat. V. §. 102.

[x] L. 7. pr. L. 8. pr. L. 10. §. 1. L. 11. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. ult. C. eod. (4. 48.) L. 4. §. 4. de in diem addict. (18. 2.) L. 15. de iure dot. (23. 3.) L. 39. de solut. (46. 3.). A. M. sind Cuiac ad African Tr. VIII. ad L. 33. locat. Brunnemann ad L. 14. de resc. vend. Allein s. A. Faber rational. ad L. 11. 12. 13. de peric. et comm. r. v. Höpfner §. 872. not. 1. Reichardt Diss. cit. §. 13.

an der Sache zustanden [y]. Bey dem Verkauf ist das besondere, daſs der, durch den Zufall befreyte Verkäufer von dem Käufer sogar den Preis fodern kann [z]. Dieſs läſst sich aber auf andere Geschäfte nicht ausdehnen [a]. Ist dagegen b) der Vertrag zwar abgeschlossen, das Object desselben aber noch in einiger Rüchsicht ungewiſs, oder unbestimmt, so kann dieſs auf mehrfache Weise geschehen, nämlich A) dadurch, daſs das Object bedingt versprochen ward, wohin man auch Versprechen unter Zeitbestimmungen, sofern diese (nach §. 127.) als Bedingungen gelten, zählen muſs [b]. In diesem Fall trägt der Acceptant das periculum deteriorationis, nicht aber das periculum interitus [c]. B) Wenn sich Jemand etwas in genere bedung. Hier schadet es dem Acceptanten nicht, wenn vor der Tradition aus dem genere einzelne Sachen Schaden leiden, wohl aber, wenn das ganze genus verletzt oder vernichtet wird [d]. Aus eben diesem Grunde trägt der Acceptant den Zufall nicht, wenn ihm etwas nach einer künftigen Zumessung (ad pondus, numerum et mensuram) versprochen ist [e], ausgenommen, wenn er das Ganze, was ihm im Einzelnen zugemessen werden sollte, in specie und per aversionem sich bedungen hat [f], oder säumig ist [g]. C) Bey dem alternativen Versprechen gewisser Objecte trägt der Acceptant nur die ganze Gefahr der zuletzt übrig bleibenden species [h]. Hat sich endlich D) Jemand etwas ad gustum bedungen, d. h. unbedingt und in specie, jedoch

[y] S. vorhin not. p. und Brandenburg l. c. cap. 1. Sect. 1. §. 5.

[z] L. 7. pr. L. 8. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). L. 15. de iure dot. (23. 3.).

[a] L. 58. §. 1. pro soc. (17. 2.) L. 19. §. 6. L. 30. pr. §. 1. L. 33. locat. (19. 2.).

[b] Ueber die Ideen andrer Perez in Cod. L. 4. T. 48. n. 6. Lauterbach coll. L. 18. T. 6. §. 12.

[c] L. 8. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). Brussel de cond. L. 2. T. 1. n. 6.

[d] L. 42. de iure dot. (23. 3.) L. 1. §. 4. de O. et A. (44. 7.). L. 30. §. 5. ad Legem Falc. (38. 2.) A. M. ist Lauterbach coll. L. 18. T. 6. §. 14. 15.

[e] L. 7. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 2. C. de peric et comm. r. v. (4. 48.). Lauterbach l. c. §. 10.

[f] L. 34. §. 5. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. §. 1. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 2. C. eod. (4. 48.). Vergl. Cuiac Obs. L. 8. c. 15. Carpzov P. 2. C. 26. Def. 23.

[g] L. 5. L. 17. h. t. (18. 6.).

[h] S. oben §. 85.

so, daſs er, wenn ihm die zu untersuchende Qualität nicht gefalle, vom Vertrage abgehen könne: so trägt er das periculum interitus, nicht aber das periculum deteriorationis [*i*], jedoch auch das letzte vom Augenblick der Billigung, oder des widerrechtlich verzögerten Ausprobens [*k*]. War der Handel ad gustum zugleich ein generischer Handel ad mensuram, so müssen freilich die zuvor unter b) aufgestellten Grundsätze eintreten [*l*]. Behauptet übrigens Jemand, daſs er wegen eines Zufalls etwas nicht leisten könne, so liegt ihm der Beweis ob. Hat er aber bewiesen, daſs die Unmöglichkeit der Leistung zunächst nicht durch sein freyes, sondern ein anderes Factum bewirkt ward: so genügt dieſs unmittelbar, und der Gegentheil, welcher siegen will, muſs ihn eines in Betracht kommenden Versehens überführen [*m*].

§. 176.

Wer ersetzt den Schaden?

Die zweyte Frage: wann prästirt man den Zufall? beantwortet sich von selbst aus der Lehre von den Entstehungsgründen der Verbindlichkeiten dahin: Niemand ist in der Regel dazu verbunden, wenn nicht besondere Verpflichtungsgründe eintreten [*n*]. So vielfach die letzten sind, eben so vielfach sind auch die Fälle, da man ausnahmsweise die nachtheiligen Folgen des Zufalls tragen muſs. Man ist also z. B. dazu gehalten, wenn man den Zufall durch eigne Schuld veranlaſst hat (casus mixtus), wenn man ihn durch Vertrag, oder eine gültige Pollicitation übernahm, oder wenn man durch ein Testament, oder, wie z. B. der Dieb [*o*], durch die Gesetze dazu verpflich-

[*i*] L. 1. pr. §. 1. L. 4. pr. §. 1. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). Huber eod. Tit. §. 5. A. M. ist Franzke eod. n. 41. S. auch noch überh. S. F. Willenberg de peric. rei ad quant. vel ad gust. vend. (Ex. P. 1. n. 17.).

[*k*] L. 1. pr. L. 4. pr. eod. A. M. ist Voet eod. §. 3.

[*l*] Faber in Cod. L. 4. T. 48. qu. 1. A. M. sind Müller ad Struv L. 18. T. 6. §. 101. not. d. Stryk de iure sens. Diss. 6. c. 2. n. 20.

[*m*] Ueber die verschiedenen Ideen andrer: Glück Comm. §. 327. *b*. Weber über die Verb. zur Beweisführung. VI. n. 24. 25. Günther princ. iur. Rom. T. 1. §. 339. S. auch unten §. 255.

[*n*] L. 23. de R. I. (50. 17.) G. Prousteau recit. ad L. 23. cit. c. 27. (Meermann Th. T. 3.).

[*o*] S. oben §. 105. n. I.

tet wird [p]. Hat man alle Zufälle über sich genommen, so bleibt es dabey, und es ist die gröfste Willkühr, wenn viele die allerungewöhnlichsten (casus insolitissimos), welche sich freilich von mehr und minder gewöhnlichen im Begriff unterscheiden lassen [q], dann doch noch wieder ausnehmen wollen [r]. Immer mufs aber doch bewiesen werden, welche Unglücksfälle der Andre zu ersetzen habe [s].

§. 177.

Vortheile der Sache.

Von dem Augenblick an, da der Promittent zur Herausgabe der Sache verpflichtet ist, gehen die sogenannten commoda rei auf den Acceptanten über, d. h. der erste ist verpflichtet, alle, in jenem Augenblick mit der Hauptsache verbundenen, und nachher zu derselben hinzugekommenen, oder von derselben getrennten Accessionen, nach Abzug seiner, von da an gemachten vernünftigen Verwendungen [t], herauszugeben [u], und zwar bey bedingten Geschäften, deren Bedingung zurückgezogen wird, von dem Punct an, bis auf welchen die Bedingung zurückwirkt [x]. Bey bürgerlichen Früchten mufs man unterscheiden, ob sie im juristischen Sinn in dem Augenblick der zu beschaffenden Uebergabe percepti (§. 268. 269.) waren, oder nicht. Jene verbleiben dem Promittenten; diese fallen dem Acceptanten zu [y].

[p] L. 5. §. 4. 7. commod. (13. 6.) L. 23. de R. I. (50. 17.) L. 35. §. 4. de contr. emt. (18. 1.). S. Stryk de immunitate domini a periculo. Hal. 1698. cap. 3. 4. Brandenburg l. c. §. 31.

[q] E. Otto de praestat. casuum solitorum, insolitor. et insolitissimorum. Trai. ad Rhen. 1723. (in eius Diss. iur. publ. et priv. P. 1. n. 6.) Struben 3. B. 46. Bed.

[r] G. L. Boehmer de oblig. locator. ob usum impedit. c. 1. §. ult. (elect. T. 1.). Glück Comm. §. 327. not. 79.

[s] Glück §. 327. b. princ.

[t] L. 38. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 2. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.) L. 2. C. de annon. et tribut. (10. 16.).

[u] L. 13. §. 10. fgg. de act. E. V. (19. 1.).

[x] Den Beweis s. oben in §. 120-126.

[y] Voet L. 18. T. 6. §. 9. Cocceii L. 19. T. 1. qu. 12. Struv Ex. L. 18. T. 6. §. 102. Die L. 13. §. 11. de act. E. V. (19. 1.) ist von vor dem Handel percipirten Früchten zu verstehen.

§. 178.

6) Pflicht der Evictionsleistung.

Wer ein Recht in eignem Namen [z] durch ein nicht schlechthin ungültiges Geschäft [a] auf einen andern überträgt (der auctor), ist 6) verpflichtet, dafür zu stehen, dafs dem Acceptanten das Erhaltene nicht auf dem rechtlichen Wege, aus einem, vor der Uebertragung stattgehabten Grunde [b], abgestritten (evincirt) werde [c], wiewohl er natürlich ohne besonderen Vertrag nicht verantwortlich ist, wenn nachher das Recht durch Zufälle und widerrechtliche Handlungen einer öffentlichen, oder einer Privatperson [d], oder durch eigne Schuld des Empfängers verloren geht [e]. Diese Pflicht das übertragene Recht zu gewähren (obligatio ad evictionem praestandam), findet nicht blofs bey Geschäften statt, welche das Eigenthum einer Sache, sondern auch bey denen, welche andre dingliche oder persönliche Rechte übertragen [f], wiewohl der Name: Evictions-Leistung nicht in allen Fällen gebräuchlich ist. Es kann sogar von dem Auctor bey Uebertragung des Rechts (nicht nachher) eine, freilich nur in einem blofsen Versprechen bestehende Caution wegen der Entwährung gefodert werden, und beym Verkauf wichtiger Dinge sogar aufs Doppelte [g].

§. 179.

Was wird gewährt?

Was der Auctor gewähren mufs, ist durch Beurtheilung nach der besondern Natur eines

[z] L. 50. L. 66. §. ult. de evict. (21. 2.).

[a] Lauterbach Coll. L. 21. T. 2. §. 9.

[b] L. 5. L. 11. pr. h. t. (21. 2.).

[c] Duarenus ad T. C. de evict. (op. p. 1215.). H. Donellus ad Tit. de evict. (oper. prior. p. 212.) Burgundus de eviction. I. F. Callet C. ad Tit. C. de evict. (Meermann Th. T. II.). G. Engelbrecht de evict. Helmst. 1673. A. de Guzmann C. ad Tit. de evict. Genev. 1676. C. F. Waechtler recitat. singular. ad Tit. D. de evict. Dresd. 1680. (op. n. 1.). N. C. de Lynker de evict. Jen. 1699. F. W. Romanus progr. de evict. Lips. 1748. Westphal v. Kauf etc. §. 189-365. I. Hauptmannsberger über die Gewährleistung nach dem Geist des gem. R. Wien 1802. 8.

[d] L. 21. pr. L. 51. pr. L. 64. pr. L. 70. h. t. (21. 2.).

[e] L. 25. L. 29. §. 1. L. 55. pr. L. 56. §. 3. L. 63. §. 2. L. 66. pr. eod. L. 17. C. de evict. (8. 45.).

[f] L. 4. 29. C. h. t. (8. 45.) L. 9. pr. locat. (19. 2.) L. 32. de pignor. act. (13. 7.). Lynker l. c. §. 15.

[g] L. 2. L. 4. pr. L. 37. pr. §. 1. L. 56. pr. h. t. (21. 2.). Westphal §. 193. 197.

jeden einzelnen Falles zu bestimmen. So braucht z. B. der Auctor bey der Uebertragung einer universitas iuris (§. 262.), weil diese ein ideales Ganzes ist, im Zweifel nur für die Entwährung des Ganzen, nicht aber einzelner Theile zu stehen [h], während er bey der, selbst per aversionem geschehenen Uebertragung einer universitas facti auch wegen einzelner Dinge verantwortlich ist, wenn sie nicht gleichfalls als etwas Ideales zum Gegenstande eines Vertrags gemacht ward [i]. Beym Vergleich dagegen kann nur wegen der Entwährung der Sache Evictionsleistung gefodert werden, welche man gab, um sich dadurch die in Anspruch genommene Sache zu erhalten, nicht aber wegen Entwährung der letzten [k]. Hat Jemand im Namen eines andern auf erlaubte Art veräusert, z. B. als vorgehender Pfandgläubiger [l], oder als Creditor im Concurse [m], so haftet er ebenfalls nach der Natur des Geschäftes nicht, weil er nur einen Andern vertrat.

§. 180.

Besonders bey Cessionen.

Was insbesondere die Cession einer Schuldfoderung betrifft, so braucht der Cedent nur dafür zu stehen, dafs die Foderung als solche richtig (nomen verum) sey, nicht aber für die Güte (de bonitate) derselben [n]. Bey der Cession eines Pfandrechts liegt die Richtigkeit desselben darin, dafs dasselbe bestehen kann, und der Cedent ist daher verantwortlich, wenn die Sache eines Dritten Gegenstand des Pfandrechts

[h] L. 5. h. t. (21. 2.) L. 1. C. eod. (8. 45.).

[i] L. 23. §. 1. de usurp. (41. 3.) L. 32. L. 33. pr. de aedil. edict. (21. 1.). Boehmer ius D. L. 21. T. 2. §. 7. Westphal §. 226. Denn L. 36. h. t. (21. 2.) ist von der actio ex stipulatu zu verstehen. A. M. ist Franzke comm. l. 21. T. 2. n. 152-171. Lynker l. c. §. 28.

[k] Voet C. L. 21. T. 2. §. 10. Lauterbach coll. L. 18. T. 3. §. 13. A. M. sind Meditat. über versch. R. M. 5. B. n. 280.

[l] Tit. C. creditor. evict. pignor. non debere (8. 46.) L. 11. §. 16. de act. E. V. (19. 1.) L. 1. §. 3. de exc. r. v. (21. 3.) H. Hildebrand de evictione pignoris tam constituti, quam constituendi, praestanda. Altd. 1704. Memb. 2.

[m] A. M. ist zum Theil Gmelin de iure pignor. et hypoth. quod debitor in re sibi non propria const. §. 21.

[n] L. 4. 5. h. t. (18. 4.) L. 74. §. 3 de evict. (21. 2.). Huber Digr. L. 4. c. 5. I. F. Wordenhof de cedente ad cessi nom bonitat. non obligat. (in Oelrichs Thes. nov. Vol. 1. T. 1. p. 309.)

ist, und dieser dasselbe insofern als ungültig anfechten kann; nicht aber wenn ein Andrer ein besseres Pfandrecht haben sollte [o]. Nur dann haftet der Cedent wegen der Güte, wenn er den Cessionar darüber hinterging [p], wohin aber nicht schlechthin der Fall gehört, wenn die Cession im Augenblick der Insolvenz des Schuldners geschah [q]; oder wenn der Cedent die Gefahr übernommen hat [r]. Falsch ist es, wenn manche [s] den Cedenten auch dann dafür verantwortlich machen, wenn er eine Foderung zum Unterpfande gegeben, oder an Zahlungsstatt cedirt habe. Denn Verpfändung einer Klage ist keine Cession, und im letzten Fall ist der Cedent offenbar nicht verantwortlich [t]. — Die, auch noch einer Erörterung bedürfende Frage: was bey Legaten und der Erbtheilung Rechtens sey? bleibt der Deutlichkeit wegen bis auf die Lehre von Erbschaften ausgesetzt.

§. 181.

Ausnahme bey der Schenkung.

In Ansehung eigentlicher Schenkungen findet eine Ausnahme statt. Der Schenker haftet nämlich wegen der Eviction gar nicht, wenn er eine species gab oder versprach [u]. Schenkte er in genere, so ist er verantwortlich, ausgenommen, wenn das ganze genus evincirt wird [x]. Wo keine reine Schenkung stattfindet, treten wieder die allgemeinen Grundsätze ein, z. B. in gewisser Maaſse bey

[o] L. G. Gmelin a. a. O. §. 18. Hildebrand l. c. Memb. 1. §. 6. Andrer M. s. Mevius P. II. D. 360. Cocceii I. C. L. 20. T. 5. qu. 5.

[p] L. 74. §. 3. de evictión. (21. 2.).

[q] I. G. A. Weber Bem. über die Fälle, wo der Cedent einer Ford. für die Güte haften muſs. Hal. 1789. 4 §. 3. (auch in Hagemann und Günther Archiv. 6 B. n. 1.). Das Gegentheil behauptet willkührlich Brunnemann l. c. c. 5. n. 51. Idem Decis. Ant. 1. Dec. 72.

[r] Hert Resp. n. 314.

[s] Z. B. Wordenhof l. c. Müller ad Leyser Obs. 416.

[t] L. 96. §. 2. de solut. (46. 3.). Weber a. a. O. §. 3—6. Mevius P. 6. Dec. 272. Lynker l. c. §. 29.

[u] L. 18. §. 3. de donat. (39. 5.) Lynker l. c. §. 18. Lauterbach coll. L. 21. T. 2. §. 15.

[x] L. 45. 46. 108. §. 10. de leg. I. (30.) L. 8. §. 2. de leg. II. (31.) L. 29. §. 3. de leg. III. (32.) vergl. mit §. 1. J. de legat. (2. 20.). I. C. Koch de evict. in donat. non indistincte praestanda. Ien. 1754. G. L. Rodowe de eo quod iust. est circa evict. in don. praest. Goett. 1778. A. M. ist Carpzov P. 2. C. 34. D. 23.

der Brautgabe [y], so wie in allen Fällen, da Jemand etwas umsonst vermöge einer rechtlichen Verpflichtung gab [z].

§. 182.

Weshalb kann man Eviction fodern?

Der Auctor kann vermöge der Natur des Geschäfts nicht bloſs dann, wenn das ganze übertragene Recht, sondern verhältniſsmäſsig auch dann, wenn ein Theil desselben evincirt wird, in Anspruch genommen werden [a]. Ein besonders wichtiger Fall dieser Art ist, wenn sich in der Folge ergibt, daſs auf einer Sache dingliche Lasten ruhen. Im Ganzen muſs der Auctor, wenn nicht ein anderes bedungen ist, deswegen Vergütung leisten [b], ausgenommen, wenn dingliche Lasten von der Art sind, daſs man sie als eine gewöhnliche Eigenschaft einer Sache ansehen kann, wie Real-Servituten und öffentliche Abgaben. Wegen dieser haftet der Auctor nur, wenn er gänzliche Freyheit versprochen, wenn er die Lasten kleiner, als sie sind, angegeben, oder den Empfänger wissentlich in der irrigen Voraussetzung der nicht stattfindenden Beschwerung gelassen hat [c]. Es gibt indeſs viele, welche willkührlich behaupten, der Empfänger könne schlechthin wegen ihm unbekannt gebliebener Real-Servituten, und auſserordentlicher öffentlicher Lasten, wenigstens auf eine Verringerung seiner Gegenleistung, Anspruch machen [d]. Wird übrigens dem Empfänger auf der einen Seite mehr gegeben, als er erwartete, so vergütet dieſs verhältniſsmäſsig, wenn der Auctor nicht arglistig verfuhr, was die Eviction auf der andern schadet [e].

[y] S. darüber unten §. 450. Lynker l. c. §. 16.

[z] Die Streitfrage (Medit. über versch. R. M. 2. B. n. 106.), ob bey remuneratorischen Schenkungen Gewährleistung gefordert werden könne? hängt von der zweyten, unten zu erörternden Frage ab: ob sie wahre Schenkungen sind?

[a] L. 1. 45. 47. 53. pr. 64. §. 3. h. t. (21. 2.).

[b] L. 34. §. 2. L. 39. §. 5. L. 46. pr. L. 49. eod. L. 25. C. h. t. (8. 45.).

[c] L. 59. de contr. emt. (18. 1.) L. 21. §. 1. L. 41. de act. E. V. (19. 1.) L. 9. C. eod. (4. 49.) L. 75. h. t. (21. 2.).

[d] Westphal §. 234-236. Cocceii I. C. L. 19. Tit. 1. qu. 6-9. Lynker l. c. §. 8. Lauterbach coll. L. 19. T. 1. §. 15. und zwar besonders wegen L. 39. de act. E. V. (19. 1.) L. 61. de aedil. edict. (21. 1.) L. 69. §. 5. h. t. (21. 2.).

[e] L. 13. §. 14. L. 42. de act. E. V. (19. 1.). Westphal §. 220. 256.

§. 183.

Erweiterung der Pflicht.

Wer nicht aus der Natur des Geschäfts zur Evictionsleistung gehalten ist, wird ausnahmsweise dazu verpflichtet, wenn er arglistig das, was einem Andern gehört, auf Jemand überträgt [f], oder vertragsmäſsig die Gewähr übernimt [g]. Ein solcher Vertrag hat auch da Nutzen, wo der Auctor aus der Natur des Geschäfts verpflichtet ist, wenn nämlich auf den Fall der Eviction eine gewisse Summe versprochen wird. Bey den Römern war die Stipulation des Doppelten gewöhnlich; doch hatte diese den Nachtheil, daſs sie nur ein Recht gab, zu klagen, wenn das Ganze, nicht aber, wenn ein Theil entwährt war [h].

§. 184.

Leistung des Auctors.

Nach erfolgter Entwährung kann, wenn vermöge der Natur des Geschäfts geklagt wird, zunächst die Rückgabe des Empfangenen verlangt werden [i]; doch braucht es der Auctor nicht ganz zurückzugeben, wenn er beweisen kann, daſs bey der Entwährung der Werth der Sache geringer geworden war [k]. Dagegen kann aber auch dem Auctor der erhöhete Werth der Sache, wenn dieser nicht übermäſsig ist [l], in Anrechnung gebracht, und das ganze Interesse von demselben verlangt werden [m], selbst wenn er schon wegen des, auf den Fall der Entwährung Versprochenen ausgeklagt ist, und unter dem Namen des Interesse noch mehr sollte gefodert werden können [n]. Das Interesse begreift dann die, auf den, die Entwäh-

[f] L. 11. §. 16. L. 21. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 62. de aedil. edict. (21. 1.)

[g] L. 56. pr. L. 74. pr. h. t. (21. 2.). I. H. Boehmer de usu et commod. pacti de praestand. evict. Hal. 1756. (Exerc. T. 4.). Hellfeld de pactis evict. caussa initis (op. p. 813.).

[h] L. 42. L. 43. L. 56. §. 2. eod. Vergl. mit L. 8. eod. L. 82. §. 4. de leg. I. (30.).

[i] L. 13. §. 9. de act. E. V. (19. 1.).

[k] L. 45. pr. eod. L. 64. pr. §. 1. L. 66. §. ult. L. 70. h. t. (21. 2.) Voet eod. §. 26.

[l] L. 43. in f. de act. E. V. (19. 1.).

[m] L. 8. L. 70. h. t. (21. 2.) L. 9. C. eod. (8. 45.) L. 7. L. 8. L. 15. §. 8. locat. (19. 2.). Faber coniect. L. 2. c. 5. A. M. sind G. L. Boehmer de oblig. locator. ob usum impedit. (Elect. T. 1. n. 10.) cap. 1. §. 16. Wehrn doctr. explic. princ. damni etc. §. 54.

[n] L. 57. §. 2. h. t. (21. 2.).

rung zur Folge habenden Procefs verwandten Kosten [o], alle Verwendungen, jedoch nur insofern, als nicht von dem Entwährenden Vergütung derselben erhalten werden konnte [p], so wie allen sonstigen positiven und negativen Schaden [q]. Verschafft der Auctor sich die evincirte Sache wieder, so kann er sich durch Rückgabe derselben nicht von der Leistung des Interesse befreyen [r].

§. 185.

Folge der Auctoren.

Ist eine Sache successiv von Einem auf den Andern übertragen, so kann der, dem sie abgestritten wird, nur seinen unmittelbaren, nicht aber den entfernteren Auctor in Anspruch nehmen, sofern jener nicht seine Klagen gegen diesen cedirt [s]. Mehrere Auctoren haften nur pro rata, wenn nicht ein, nach allgemeinen Grundsätzen (§. 224 — 227.) zu beurtheilender, besonderer Grund der Correal-Verpflichtung eintrit [t].

§. 186.

Wann kann man Eviction fodern?

Die Evictions-Leistung kann vermöge der Natur des Geschäfts nicht eher gefodert werden, bis der Empfänger im petitorischen Procefs [u] vollständig überwunden, und als Beklagter wirklich aus dem Besitz des Empfangenen gesetzt ist [x], welchem man das Abkaufen der unver-

[o] Voet l. c. §. 25. Müller ad Leyser Obs. 478. Ueber die Ausnahmen s. Lynker l. c. §. 32. Müller ad Leyser Obs. 478.

[p] L. 45. §. 1. de act. E. V. (19 1.) L. 16. C. h. t (8. 45.).

[q] L. 8. L. 15. §. 1. L. 51. §. 3. L. 70. h. t. (21. 2.).

[r] L. 67. eod. Voet §. 29.

[s] L. 59. h. t. (21. 2.).

[t] L. 39. §. 2. L. 62. §. 1. eod. L. 2. C. eod. (8. 45.) L. 85. §. 5. de V. O. (45. 1.) C. F. G. Meister de iuris vinculo quo plures auctores tenentur. Goett. 1768.

[u] Das Unterliegen im possessorischen Procefs gibt nur das Recht, auf Tradition zu klagen. Lynker l. c. §. 17. in f. Lauterbach coll. L. 21. T. 2. §. 27. A. M. ist Westphal §. 241. wegen L. 35. de act. E. V. (19. 1.).

[x] L. 57. pr. h. t. (21. 2.) L. 3. C. eod. (8. 45.) L. 34. §. 1. L. ult. h. t. (21. 2.) Donell l. c. cap. 3. Ueber die Frage: ob der Retract auch eine Entwährung ist s. Lynker l. c. §. 25. Voet §. 2. Ueber entdeckte Lasten L. 3. 5. C. h. t. (8. 45.) Westphal §. 257.

meidlichen Eviction gleichstellen mufs [y]. Handelte der Auctor arglistig, so kann er sofort belangt werden [z]. Die angedrohte Eviction gibt blofs die Befugnifs, die Gegenleistung bis zur bestellten Sicherheit durch Bürgen wegen der Entwährung zurückzuhalten [a], welche Sicherheit nach der (falschen) Meynung der mehrsten ganz unbeschränkt für jede künftige Entwährung zu bestellen ist [b]; doch nimt man allgemein an, dafs, wenn bey der, von dem Auctor angebotenen Vollziehung des Contracts die Unvermeidlichkeit der Eviction sofort klar ist, der Andre von dem ganzen Geschäft abgehen kann [c].

§. 187.

Der Auctor darf nicht entwähren.

Weder der Auctor selbst, noch die, welche mit demselben Eine Person ausmachen, noch auch die, welche wegen der Eviction gut gesagt haben, dürfen ohne besondern Vertrag selbst als Entwährer auftreten, und können durch eine Einrede abgewiesen [d], und zur Herausgabe der, nachher an sie ohne Rechtsgrund gekommenen Sache angehalten werden [e]. Der Besitzer braucht aber jene Einrede nicht vorzuschützen, sondern kann die Sache herausgeben, und dann die Gewährleistung verlangen [f].

§. 188.

Litis Denunciatio.

Damit das Recht auf Gewährleistung nicht verloren werde, mufs der Erwerber des bedrohten Rechts seinen Auctor, oder, wenn deren mehrere sind, alle Auctoren vereint, nicht aber den Bürgen [g] auffodern, ihm als Kläger oder Beklagten beyzustehen [h]; doch wird kein Auctor zu diesem Beystande

[y] L. 29. pr. h. t. (21. 2.).

[z] L. 30. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) Westphal §. 254.

[a] L. 18. §. 1. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). L. 24. C. h. t. (8. 45.). Cramer Obs. iur. univ. T. II. P. 1. Obs. 438. Carpzov P. II. c. 34. Def. 31. Lynker l. c. §. 37. A. Mylius evictio imminens occasione L. 24. C. h. t. Lips. 1693.

[b] Lauterbach l. c. §. 6.

[c] Hert de convent. domin. translativ. §. 28. (op. V. 1. T. 3.).

[d] L. 1. pr. §. 2. 3. de exc. r. v. (21. 3.) L. 73. de evict. (21. 2.) L. 11. 13. C. eod. (8. 45.).

[e] L. 2. de exc. r. v. (21. 3.) L. 72. de R. V. (6. 1.) L. 4. §. 32. de dol. mal. exc. (44. 4.).

[f] L. 17. 18. de evict. (21. 2.).

[g] L. 62. §. 1. h. t. (21. 2.). L. 7. C. h. t. (8. 45.).

[h] L. 7. L. 8. L. 9. C. h. t. (8. 45.) I. S. Stryk de lit.

gezwungen [i]. Man nennt diefs litis denunciatio. Die Lehre von der Form derselben gehört in den Procefs; hier nur noch die Bemerkung, dafs sie nicht nöthig, und dafs das Unterlassen derselben unschädlich ist: a) wenn der Auctor nicht zu finden [k], oder b) wenn er selbst der Anzeige hinderlich ist [l], so wie c) wenn der Auctor sich des Rechts, die Denunciation zu fodern begeben hat, wiewohl ihm dann doch immer ein freywilliger Beytritt erlaubt ist [m]; d) wenn das bessere Recht des Evincirenden ganz offenbar, und keinem Zweifel unterworfen ist [n]; endlich e) wenn die Sache sich ohne Procefs dadurch entscheidet, dafs der Empfänger der fremden Sache dieselbe nachher vom wahren Eigenthümer erwirbt [o].

§. 189.

Ausnahmen.

Das an sich stattfindende Recht, Gewährleistung zu fodern, erlischt, a) wenn der Erwerber des evincirten Rechts nach dem bisher gesagten etwas versehen hat; b) wenn er sich durch Vertrag dieses Rechts begab, in welchem Fall er nicht einmal das von ihm als Gegenleistung Gegebene zurückfodern darf, sofern nicht die Rückgabe bedungen war, oder der Auctor arglistig handelte [p]. Eben diefs findet c) statt, wenn er wissentlich eine fremde Sache auf sich übertragen liefs, und sich nicht besonders die Evictionsleistung

denunc. Hal. 1711. A. F. Trendelenburg de lit. den. auctoris eiusque usu et applicat. in foro. Bütz. 1774. L. I. Krukenberg de lit. denunc. Goett. 1784.

[i] L. 1. C. de peric. et comm. rei vend. (4. 48.).

[k] L. 56. §. 6. h. t. (21. 2.).

[l] L. 55. §. 1. L. 56. §. 5. eod.

[m] L. 63. pr. eod. Luis de indole et effectu pacti quo litis denunc. remittitur.

[n] L. 53. §. 1. eod. L. 11. §. 12. de act. E. V. (19. 1.). Weber Beytr. zu der Lehre v. d. Klagen. 1. Heft. n. 5. Köchy Medit. 1. S. n. 2.

[o] L. 41. h. t. (21. 2.) L. 29. de act. E. V. (19. 1.) Lynker l. c. §. 10. 21.

[p] L. 11. §. 18. de act. E. V. (19. 1.) arg. L. 14. §. 9. de aedil. edict. (21. 1.) I. H. Boehmer vindic. iurid. pacti de non praest. evict. Hal. 1735. (Exerc. T. 4.) G. L. Boehmer repetit. vindic. pacti de non praest. evict. Hal. 1737. (auch als praefatio zu I. H. Boehmer Exerc. ad P. T. IV.) Westphal. §. 336—340. Andere Ideen haben A. Faber rational. ad L. 11. §. 18. cit. F. Alef veritas commun. opinion. circa pactum de non praest. evict. Heidelb. 1737. I. T. Richter de pacto evict. non praestandae inutili. Lips. 1736. I. F. Müller reiterat.

bedung [q]; doch darf man bloſs darin keine stillschweigende Begebung des Rechts auf Gewähr finden, wenn er wissentlich eine im Streit befangene Sache an sich brachte [r]; endlich d) wenn der Empfänger Nachfolger seines Auctors wird, oder umgekehrt [s].

§. 190.

7) Gewähr der Mängel und Eigenschaften.

Jeder Auctor ist ferner 7) in der Regel verpflichtet, die versprochenen Eigenschaften und verborgenen Mängel einer Sache zu gewähren, und es kann bey allen Geschäften deshalb die Contracts-Klage auf Rescission des Geschäfts, oder Verminderung der Gegenleistung angestellt werden [t]. Durch ein Edict des Aedilen wurden bey den Römern für den Fall des Verkaufs von Sklaven und Lastthieren unter jenen Voraussetzungen noch zwey besondere Klagen, nämlich die actio redhibitoria (Wandelungsklage) auf Vernichtung des Geschäfts, und die actio quanti minoris (Minderungsklage) auf Verminderung des Kaufpreises gestattet [u], und dieſs ward in der Folge auf alle das Eigenthum nicht unentgeltlich übertragenden [x], nicht aber auf andere Geschäfte ausgedehnt [y], wiewohl bey diesen die Contracts-Klagen dieselben Dienste thun [z].

vindic. commun. opinion. circa pact. de non praest. evict. Heidelb. 1760.

[q] L. 4. §. 5. de dol. mal. exc. (44. 4.) L. 27. C. h. t. (8. 45.) L. 7. C. comm. utriusque iudic. (3. 28.) Fachinei controv. L. II. c. 40. A. M. ist Voet l. c. §. 32.

[r] Struben 2. B. 103. Bed. L. G. Madihn Diss. quae sistit. varias iur. observat. n. 1.

[s] L. 40. L. 41. pr. §. 2. h. t. (21. 2.).

[t] L. 6. §. 4. L. 11. §. 3. de act. E. V. (19. 1.).

[u] L. 1. §. 1. L. 38. pr. de aedil. edict. (21. 1.) H. Donellus de aedil. edict. (in opp. prior. pag. 183. fgg.) F. Balduinus annot. in Tit. de aedil. edict. (Heineccii iurispr. Rom. et Att. T. 1.) I. Strauch de aedil. edict. Vit. 1665. (op. n. 19.) E. Otto de aedil. colon. et municip. Lips. 1732. Heineccius ad edict. aedil. flor. sparsio. Hal. 1738. Mascov opusc. T. 2. n. 6. Westphal v. Kauf. u. s. w. §. 366 — 548.

[x] L. 1. pr. L. 19. §. 5. L. 33. pr. L. 38. pr. §. 5. L. 49. L. 61. L. 62. L. 63. h. t. (21. 1.).

[y] L. 63. eod. A. M. ist wegen der nicht glossirten L. 33. C. h. t. (4. 58.) Cuiac Obs. L. 12. c. 38. Allein s. Hotomann Obs. L. 4. n. 17.

[z] Forner rer. quot. L. 4. c. 18. (Otto Thes. T. 2. p. 243.) Stryk de act. investigand. S. 1. M. 6. §. 43.

§. 191.

Aediliti-sches Edict.

Der Inhalt des Edicts ist nach seiner jetzigen Ausdehnung bestimmt folgender: A) jeder Verkäufer haftet wegen der, von ihm versprochenen geistigen oder körperlichen Eigenschaften [a]; doch werden diese im Zweifel nicht in der höchsten Güte verlangt [b]; auch sind allgemeine Lobpreisungen nicht als bindendes Versprechen zu behandeln [c]. Der Verkäufer ist ferner B) wegen aller, nicht ganz unbedeutenden [d] Krankheiten, Gebrechen und Fehler der Sache, welche ihrer Brauchbarkeit schaden, verantwortlich [e], selbst wenn er allgemein, ohne Benennung einzelner Fehler, sich sollte aufser Verantwortung gestellt haben [f]. Bey Sklaven kommen nur körperliche [g], nicht aber, wenige Fälle ausgenommen [h], die Fehler der Seele in Betracht [i], es sey denn, dafs sie in Krankheiten des Körpers ihren Grund hätten [k]. Sind sie so offenbar, dafs sie der Käufer ohne grobe Nachlässigkeit hätte entdecken können, so trägt er den Schaden [l], aufser wenn der Verkäufer ihn arglistig irren liefs [m]. Welche Fehler übrigens heimliche sind, mufs in jedem vorkommenden Fall durch Beurtheilung entschieden werden [n]. Hat der Käufer sich auf an-

[a] L. 17. §. 20. L. 19. §. 2. L. 37. L. 38. §. 10. L. 52. h. t. (21. 1.).

[b] L. 18. pr. §. 1. 2. L. 19. §. 4. eod.

[c] L. 19. pr. §. 3. eod. L. 43. pr. de contr. emt. (18. 1.).

[d] L. 1. §. 8. L. 4. §. 6. L. 5. L. 6. §. 1. 2. L. 11. h. t. (21. 1.).

[e] L. 1. §. 7. L. 38. §. 7. 9. eod.

[f] L. 43. §. 2. de contr. emt. (18. 1.) L. 39. de act. E. V. (19. 1.).

[g] L. 4. §. 4. h. t. (21. 1.). Ein Register hat Westphal §. 443 — 463.

[h] L. 11. §. 7. de act. e. v. (19. 1.) L. 17. §. 14. L. 23. §. 2. 3. h. t. (21. 1.).

[i] L. 4. §. 2. 3. L. 52. L. 65. pr. eod.

[k] L. 1. §. 9. 11. L. 4. §. 1. eod.

[l] L. 15. §. 1. de contr. emt. (18. 1.) L. 48. §. 3. h. t. (21. 1.).

[m] L. 37 de dolo (4. 3.) Lauterbach coll. L. 21. T. 1. §. 12. Stryk U. M. L. 21. T. 1. §. 8.

[n] Vergl. hier Stryk l. c. §. 12. fgg. C. G. Buder de vitiis pecor. Ien. 1740. I. M. Schneidt de aedil. edict. Wirc. 1770. Lange über die Gewohnheit, die Redhibit-Klage bey Franzosengeschwülsten des Rindviehes anzuwenden. Bützov 1786. W. G. Plouquet über die Hauptmängel der Pferde etc. Tüb. 1790. I. C. E. Münter das Rofstauscherrecht. 2te Aufl. Hannover 1796. 8. 2. Abschn.

dre Art in seinen Erwartungen getäuscht, so muſs er dieſs tragen, wenn er nicht eines Irrthums, oder eines Betrugs wegen das Geschäft anfechten kann [o]. Uebrigens kann der Käufer wegen der Mängel eine, aufs Doppelte gehende Caution verlangen [p].

§. 192.

Grund der Act. redh. und quanti min.

Ist die Sache fehlerhaft, sind die versprochenen Nebendinge nicht vorhanden, oder verweigert der Auctor die Caution [q], so hängt es von der Willkühr des Käufers ab, ob er die Wandelungs-, oder Minderungsklage anstellen will [r], der Fehler finde nun an einer Haupt- oder Nebensache statt [s]; doch setzen beide Klagen ein unbedingtes Geschäft voraus [t], so wie, daſs die Fehler nicht zur Zeit des Kaufs aufgehört [u], und wenn sie sich nachher äuſsern, daſs sie schon zur Zeit des Kaufs existirt haben [x]. Die gemeine Theorie, daſs im Zweifel ein, drey Tage nach dem Kauf sich äuſsernder Fehler als zur Zeit der Abschlieſsung desselben vorhanden gewesen anzusehen sey [y], ist eben so willkührlich, als es offenbar widerrechtlich ist, wenn man zur Anstellung der Wandelungsklage den Beweis eines Hauptfehlers, zur Anstellung der Minderungsklage den Beweis eines Nebenfehlers verlangt [z]. Nur das ist wahr, daſs der Richter von Amtswegen auf Redhibition sprechen kann, wenn die Minderungsklage angestellt, dabey aber offenbar ist, daſs dem Käufer die Sache gar nichts nutze [a], und in diesem Fall [b] kann man es denn

[o] L. 4. §. 4. eod. L. 11. §. 5. L. 13. §. 1. de act. E. V. (19. 1.).

[p] L. 11. §. 9. 11. de act. E. V. (19. 1.) L. 14. C. eod. (4. 49.) L. 31. §. 20. h. t. (21. 1.).

[q] L. 28. 38. h. t. (21. 1.).

[r] L. 1. §. 1. L. 10. §. 2. L. 12. §. 1. L. 14. §. 4. 5. L. 18. pr. L. 37. L. 48. §. 1. L. 52. h. t. (21. 1.).

[s] L. 32. L. 38. pr. eod.

[t] L. 43. §. 9. eod.

[u] L. 1. §. 10. L. 16. eod.

[x] L. 54. eod. L. 3. C. eod. (4. 58.).

[y] Stryk U. M. L. 21. T. 1. §. 26. 27.

[z] Unnütz sind daher die Erörterungen des Stryk l. c. §. 11. 38. Vergl. Lauterbach coll. L. 21. T. 1. §. 25. 29. 30. 32. Feuerbach civil. Vers. 1. B. n. 2.

[a] L. 43. §. 6. h. t. (21. 1.) Struben 1. B. 17. Bed.

[b] Nicht allgemein, wie Westphal. §. 546. vermöge

auch dem Verkäufer, gegen den die Minderungsklage gerichtet ist, zugestehen, die Redhibition der Minderung vorzuziehen.

§. 193.

Fortsetzung.

Sind mehrere Sachen vereint verkauft, oder lassen sie sich nicht wohl trennen, so zieht die Redhibition der einen Sache die der andern nach sich [*c*], sonst aber braucht nur die einzelne fehlerhafte Sache zurückgegeben zu werden, in welchem Fall denn eine Taxe derselben nöthig werden kann [*d*]. Ist von mehreren eine Sache verkauft, so haben wir die Vorschrift, dafs von einer Gesellschaft von Sklavenhändlern, wenn nicht jeder einen besondern Theil verkaufte, einem jeden Einzelnen, welcher mehr, oder so viel, als die Andern, am Gesellschaftsvermögen Antheil hat, in solidum die Redhibition geschehen kann; andern Verkäufern aber nur pro rata [*e*]. Haben mehrere vereint gekauft, so mufs die Redhibition von allen vereint geschehen; doch hat jeder wegen der Entschädigung nur verhältnifsmäfsige Foderungen [*f*].

§. 194.

Unterschied beider.

Die Wandelungsklage unterscheidet sich dadurch wesentlich von der Minderungsklage, dafs sie nicht, wie diese, auf Herabsetzung der Gegenleistung, sondern auf Rescission des Geschäfts angestellt wird [*g*]. Die letzte kann daher mehrmals nach einander, die erste hingegen von dem Sieger nur Einmal angestellt werden [*h*]. In Ansehung der Verjährung finden gleichfalls wichtige Unterschiede statt [*i*], welche aber erst unten deutlich werden können.

der offenbar von einer laesio ultra dimidium handelnden L. 12. §. 1. de I. D. (23. 3.) irrig behauptet. L. 48. §. 1. h. t. (21. 1.).

[*c*] L. 33. §. 1. L. 34. L. 35. L. 38. §. 14. L. 39. L. 40. pr. L. 64. §. 1. h. t. (21. 1.).

[*d*] L. 36. L. 64. pr. eod.

[*e*] L. 31. §. 10. L. 44. §. 1. eod. Westphal §. 532. 533.

[*f*] L. 31. §. 5. 6. 7. eod.

[*g*] L. 18. pr. L. 25 §. 1. h. t. (21. 1.). Ueberhaupt s. aufser den oben citirten Schriften: V. Riemer de act. aedilit. Jen. 1634. F. Mazei de aedil. act. Rom. 1786. I. G. S. A. Büchner de electiv. ut ferunt act. redhib. cum act. quanti minor. concursu. Giess. 1789.

[*h*] L. 48. §. 7. eod. L. 31. §. 16. eod.

[*i*] L. 19. §. ult. L. 28. eod.

§. 195.

Leistungen dabey.

Die gegenseitigen Verpflichtungen bey Anstellung der Wandelungsklage sind folgende: A) der Käufer ist gehalten, dem Verkäufer die Sache zu restituiren, und zwar nebst allen gezogenen und zu ziehenden Früchten, so wie mit allem, in Rücksicht derselben auf irgend eine Art gemachten Gewinn [*k*]; auch haftet er wegen der, durch ihn selbst, seine Angehörigen, Bevollmächtigten und Vorgesetzten der Sache zugefügten [*l*], nicht aber wegen zufälliger Beschädigungen [*m*], so wie es seine Pflicht ist, die Sache von den darauf gelegten Lasten zu befreyen [*n*]. Hat er die Sache so umgewandelt, daſs sie nach Justinians Theorie [*o*] als ein neues Wesen zu betrachten ist, so kann er sie dem Verkäufer nicht aufdringen [*p*]. Was B) den Verkäufer betrifft, so muſs er a) dem Käufer den Preis nebst Zinsen, und wenn er ungehorsam ist, das Doppelte restituiren, so wie alles, was derselbe bey Schlieſsung des Handels nach Verabredung, oder weil es seyn muſste, ausgegeben hat [*q*]; ferner b) die auf die Sache verwandten nöthigen und nützlichen Auslagen [*r*]; auch muſs er c) dem Käufer den, demselben durch die Sache zugefügten Schaden vergüten, und zwar natürlich unbedingt, wenn ihm eine Schuld beygemessen werden kann, sonst aber nur unter der Voraussetzung, daſs er sie dem Käufer nicht statt Schadenersatzes lassen will [*s*]. Dagegen braucht er d) dem Käufer den, demselben durch das Geschäft erwachsenen Schaden nur dann zu vergüten, wenn er arglistig verfuhr; sonst gibt er bloſs das Erhaltene zurück [*t*].

[*k*] L. 23. §. 9. L. 43. §. 5. eod.

[*l*] L. 25. §. 1. 2. 3. 5. L. 31. §. 11. 14. 15. eod.

[*m*] L. 47. §. 1. L. 48. pr. eod.

[*n*] L. 43. §. 8. eod.

[*o*] in §. 25. I. de rer. divis. (2. 1.).

[*p*] Vergl. Carpzov P. 3. Dec. 222. mit Schilter Exerc. 34. §. 13.

[*q*] L. 27. L. 45. eod. Stryk e. §. 30.

[*r*] L. 29. §. 3. L. 30. §. 1. eod. A. M. ist, wegen vernachlässigter Unterscheidung zwischen expensis und impensis, Hellfeld iurispr. For. §. 1111.

[*s*] L. 23. §. 8. L. 31. pr. L. 58. pr. eod.

[*t*] L. 1. §. 2. eod. L. 1. C. h. t. (4. 58.) L. 13. pr. de act. E. V. (19. 1.) Franzke comm. L. 21. T. 1. n. 62. Richter Dec. n. 16. 17. A. M. ist Costa quaest. iur. memor. c. 13. (Otto Thes. T. 5. p. 418.).

Auf allen Fall darf das gesammte Interesse nicht über das Doppelte berechnet [u], es kann aber auch gefodert werden, selbst wenn die übergebene Sache bereits evincirt seyn sollte [x], so wie es sich nach den angeführten Gesetzen von selbst versteht, daſs diese Entschädigungsfoderungen sich auch bey der Minderungsklage denken lassen. Auch ist noch zu bemerken, daſs, wenn die Redhibition vollständig geschehen ist, ohne daſs der Verkäufer dem Käufer das Gehörige geleistet hat, der letzte jenen deshalb durch eine actio in factum belangen kann [y].

§. 196.

Ausnahmen.

Die Verpflichtung zur Gewähr der Mängel fällt weg A) bey dem Verkauf unbedeutender Dinge [z], obwohl viele glauben, daſs hier dennoch wegen gänzlicher Unbrauchbarkeit auf Redhibition geklagt werden könne [a]. B) Wenn der Fiscus Verkäufer war [b]. Der Staat ist nicht ausgenommen [c]. Auch braucht C) der Schenker für nichts zu haften, wenn er nicht arglistig verfuhr [d], so wenig als D) der Verkäufer einer universitas in den Fällen, da er wegen der Eviction nicht einmal verantwortlich ist [e]. Endlich E) wenn der Verkäufer es sich bedung, für gewisse bestimmte Fehler nicht stehen zu wollen, und ihm hiebey keine Arglist vorgeworfen werden kann [f].

§. 197.

8) Pflicht, nicht über die Hälfte zu verletzen.

Eine mit der zuletzt erörterten sehr analoge Verpflichtung ist 8) bey onerosen Verträgen die Verbindlichkeit beider Theile, sich nicht über die Hälfte (ultra dimidium, enormiter) zu verletzen [g]. Es findet diese nicht

[u] L. 11. §. 9. 10. de act. E. V. (19. 1.). vergl. mit L. un. C. de sent. quae pro eo quod int. (7. 47.).

[x] L. 16. §. 2. de evict. (21. 2.) L. 44. §. 2. h. t. (21. 1.) Westphal §. 367.

[y] L. 31. §. 17. 18. 19. eod. Burchard D. de act. in fact. ex L. 31. §. 17. de aedil. edict.

[z] L. 48. §. 8. h. t. (21. 1.) Westphal §. 417.

[a] Lauterbach coll. L. 21. T. 1. §. 5.

[b] L. 1. §. 3. eod.

[c] L. 1. §. 4. eod. Lauterbach coll. L. 21. T. 1. §. 7.

[d] L. 62. eod.

[e] L. 32. L. 33. eod.

[f] L. 14. §. 9. eod. L. 59. de act. E. V. (19. 1.).

[g] L. 2. L. 8. C. de resc. vend. (4. 44.) vergl. mit L. 78.

bloſs beym Kauf, und hier sowohl von Seiten des Käufers, als Verkäufers [*h*], sondern auch bey andern zweyseitigen Geschäften, welche das Eigenthum, oder andre Rechte übertragen, statt [*i*], und zwar ist das allgemeine Princip: wer an Werth über einmal so viel empfing, als er weggab, hat den andern über die Hälfte verletzt [*k*], mithin ist der Verkäufer enorm lädirt, wenn er nicht einmal die Hälfte des wahren Werthes der Sache empfing, der Käufer, wenn er mehr als den doppelten Werth weggab [*l*]. Auch dann, wenn durch sogenannte arbitratores (§. 155.) das Object des Vertrags bestimmt ist, kann nur über eine solche Verletzung Beschwerde geführt werden [*m*].

79. pro soc. (17. 2.) L. 6. §. 2. L. 12. §. 1. de iure dot. (23. 3.) L. 3. C. commun. utriusque iudic. (3. 38.) cap. 3. 6. x. de emt. vend. (3. 17.). Ueberh. H. de Cocceii de remed. L. 2. C. de resc. vend. Heidelb. 1679. (Ex. V. 1. n. 56.). C. Thomasius de aequitate cerebrin. L. 2. C. de resc. vend. Hannesen de immodica laesione eiusque probat. Goett. 1747. G. S. Wiesand progr. ad L. 2. C. de resc. v. Vit. 1768. I. P. Gregel Sp. exhib. remed. L. 2. C. cit. brevi system. trad. Wirzb. 1798.

[*h*] A. M. ist im Betreff des Käufers Cuiac Obs. L. 14. c. 18. L. 23. c. 32. Merill Obs. L. 23. c. 32. C. G. Richter de L. 2. C. de resc. vend. falso remed. resc. vend. propter laes. ultra dimidium. Lips. 1749. und noch strenger Müller ad Leyser Obs. 415. — Allein s. Cocceii I. C. L. 18. T. 5. qu. 2—5. 7. 14. 16—21. C. R. Koch de L. 2. C. de resc. vend. etiam ad emtor. extendenda. Arg. 1759.

[*i*] Lauterbach Coll. L. 18. T. 5. §. 39—44. In Betreff der Pachtungen sind besonders abweichend wegen L. 23. locat. (19. 2.) A. Faber error. pragm. D. 8. E. 8. Huber prael. L. 18. T. 5. §. 3. Allein ohne Grund. Voet L. 18. T. 5. §. 13. Struben 3. B. 119. Bed. H. G. Bauer D. quod L. 2. C. de resc. vend. etiam ad locat. pertineat. Lips. 1762.

[*k*] L. 2. C. de resc. vend. (4. 44.).

[*l*] Averan interpr. L. 3. c. 7. I. U. de Cramer disqu. de laesione enorm. recte computanda. (op. T. 3. p. 581.) I. S. T. Gehler de laes. emtoris ultra dimid. recte computanda. Lips. 1777. Herrenschneider Diss. I. II. de enormis laes. computat. Argentor. 1784. 1785. Florencourt Abh. aus der jurist. und polit. Rechenkunst S. 243. fgg. Höpfner Comm. §. 870. — Andere halten den Käufer schon verletzt, wenn er mehr als $1\frac{1}{2}$ des wahren Werths gegeben hat. I. A. Ickstadt de laes. enorm. in contr. emt. vend. recte computanda Herbip. 1734. Idem de laesion. enorm. recte comput. Ibid. 1735.

[*m*] Cocceii I. C. l. c. qu. 26. S. oben §. 155. not. 4.

§. 198.

Fortsetzung.

Verringerung des Werths, welche erst nach dem Contract eintrit, schadet natürlich dem Empfänger [n]. War hingegen die Verletzung zur Zeit des abgeschlossenen Geschäfts vorhanden, und zwar bey unbeweglichen Sachen nach der Taxe des Orts, wo sie liegen, bey andern nach dem Marktpreise des Orts, wo der Vertrag geschlossen ist [o]: so kann der Verletzte, nach vorgängigem Beweise der Verletztung, wobey Urkunden nicht ausgeschlossen sind [p], nur Eins, nämlich Aufhebung des Geschäfts verlangen; doch steht es in der Wahl des Gegentheils, durch verhältnifsmäfsiges Nach- oder Rückzahlen, bis zum wahren Werth die Rescission abzuwenden [q].

§. 199.

Fortsetzung.

Die Rechtsmittel, deren sich der Verletzte bedienen kann, sind eine Einrede, wenn er belangt wird, und sofern er klagen will, die aus dem Geschäft selbst entspringende Klage [r], welche Rechtsmittel auch den Erben des Verletzten nicht zu versagen sind [s]. Es gehen und wirken jedoch diese Klagen nicht gegen Dritte, welche inzwischen dingliche Rechte an der Sache erwarben [t]. Erfolgt die Rescission, so müssen beide Theile sich das Empfangene restituiren; doch ist nicht entschieden, ob die genossenen Vortheile

[n] L. 8. C. de resc. vend. (4. 44.).

[o] Lauterbach coll. L. 18. T. 5. §. 17. Berger oec. iur. L. 3, T. 5. §. 18. not. 3.

[p] Vergl. Struben 3. B. 108. Bed. Lauterbach coll. L. 18. T. 5. §. 22. Wernher lect. comm. eod. §. 5. Hannesen Diss. cit.

[q] L. 2. C. l. c. Cocceii I. C. l. c. qu. 4. A. P. Frick de libello actionis ob laesionem enormem instituendae non disiunctive concipiendo. Helmst. 1744.

[r] Voet l. c. §. 4. Lauterbach l. c. §. 5. A. M. ist H. I. Lienau de natur. et indole act. quae ob laesion. enorm. conceditur. Goett. 1782.

[s] I. C. L. de Schellwitz C. utrum heredi remed. L. 2. C. de resc. vend. detur? Ien. 1767. I. N. Moeckert de act. rescissoria ob laes. enorm. liberis hered. non deneganda. Rintel. 1767. A. M. ist W. Kaestner remed. ex L. 2. C. de resc. vend. liberis heredibus non opitulari. Lips. 1764.

[t] Mevius P. 5. Dec. 147. Faber err. pragm. D. 7. E. 16. Lauterbach l. c. §. 32. 51. Willkührliche Ausnahmen macht Cocceii I. C. l. c. qu. 10.

sich compensiren, oder auch der Restitution unterworfen sind, welches letzte, wegen der hier stattfindenden Ungleichheit des Empfangenen, unleugbar natürlicher ist [u]. Die auf die Sache gemachten nöthigen und nützlichen Verwendungen müssen hier natürlich dem Restituirenden insofern vergütet werden, als diefs jeder Besitzer in gutem Glauben verlangen kann.

§. 200.

Fortsetzung.

Das Gesuch um Rescission des Geschäfts aus diesem Grunde fällt weg, A) wenn bey dem, welcher zu viel empfing, das Empfangene ohne Arglist desselben untergegangen ist [x]. Hat dagegen der, welcher zu viel weggab, das Empfangene zufällig verloren, so kann er von dem Bereicherten noch immer Entschädigung fodern [y]; B) wenn der Verletzte einen ungewissen Vertrag schlofs, wobey er nach allgemeinen Wahrscheinlichkeiten eben so viel gewinnen konnte, als er jetzt wirklich verliert [z]; C) wenn der Verletzte in voraus seinen Ansprüchen wegen der unmäfsigen Verletzung speciell entsagte [a], wohin aber noch nicht der Fall gehört, wenn er das Geschäft wiederholt [b], oder eidlich bestärkt [c], wohl aber der Fall, wenn er wufste, dafs er zu viel weggab, zumal jetzt, da Schenkungen auch durch stillschweigende Einwilligung geschehen können [d]; doch machen manche eine Ausnahme, wenn das Geschäft aus Noth geschlossen ward [e]. Nach der

[u] Ueber die verschiedenen Ideen vergl. Faber l. c. Dec. 7. E. 7. Lauterbach l. c. §. 50. 52. 53. Voet l. c. §. 10. mit Cocceii l. c. qu. 24.

[x] Struv Ex. 23. Th. 90.

[y] Lauterbach coll. L. 18. T. 5. §. 28. fgg. H. de Cocceii Diss. cit. Th. 13. A. M. ist Toullieu de usu remed. L. 2. C. de resc. vend. re alienata vel extincta. (in Collect. n. 12.).

[z] L. 8. in fin. C. h. t. (4. 44.) L. 17 C. de usur. (4. 32.). Meditationen über versch. R. M. 4. B. n. 217. Ueber die Anwendung dieses Princips auf Erbschaften und den Vergleich s. Lauterbach l. c. §. 38. Leyser Sp. 505. M. 4. Meine Versuche 2. B. n. 11.

[a] L. 29. C. de pact. (2. 3.) vergl. mit §. 74. Lauterbach l. c. §. 18. 57. Faber l. c. E. 6. A. M. ist Mynsinger Cent. 5. Obs. 59. H. de Cocceii l. c. Th. 11.

[b] Lauterbach l. c. §. 61.

[c] Cocceii l. c. Th. 10. A. M. ist Lauterbach l. c. §. 58.

[d] L. 11. C. h. t. (4. 44.) L. 9. C. de act. emt. (4. 49.). L. 57. §. 2. de contr. e. (18. 1.) Vinnii qu. sel. L. 1. c. 50.

[e] Lauterbach l. c. §. 19.

Meynung vieler, D) wenn die Veräusserung vermittelst einer öffentlichen Versteigerung geschah [f], wofür es jedoch keinen hinlänglichen Grund gibt [g]; wohl aber E) wenn der Verletzte nachher seinem Recht entsagte [h], wohin auch der Fall gehört, wenn er willkührlich das Empfangene, wenigstens dann veräusert, wenn ihm die Verletzung bekannt war [i], oder F) durch ein richterliches Urtheil unter mehreren Theilen Rechtsverhältnisse bestimmt wurden [k]. Man darf es aber dem richterlichen Urtheil nicht gleichsetzen, wenn ein Vertrag blofs gerichtlich bestätigt wird [l]. Endlich G) wenn durch die Gesetze selbst der gegebene Preis bestimmt ist [m].

§. 201.

9) Dauer und Uebergang auf die Erben.

Alle bis jetzt erwähnten Wirkungen der Verträge dauern, 9) solange die Erfüllung nicht unmöglich ist, selbst unter völlig veränderten Umständen, welche, vorhergesehen, von der Eingehung des Vertrages würden abgehalten haben, unverändert fort [n], und erstrecken sich auch im Zweifel auf die Erben [o], wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil ausgemacht ist, oder die Natur des Geschäfts, z. B. wenn die Leistung besondere persönliche Eigenschaften voraussetzt, ein anderes mit sich bringt [p]. Sind die Wirkungen eines Vertrages blofs auf die Contrahenten beschränkt, so nennt man ihn pactum personale oder in personam; gehen sie

[f] Cocceii I. C. l. c. qu. 15. Noch weiter geht Hommel rhaps. Obs. 586.

[g] Pufendorf T. 3. Obs. 78. Köchy Meditat. 1. B. n. 15.

[h] L. 29. C. de pact. (2. 3.).

[i] Unbedingt stellt den Satz mit Vielen Cocceii l. c. qu. 9. n. V.

[k] L. 36. fam. herc. (10. 2.) L. 27. de re iudicat. (42. 1.) L. 3. C. comm. utriusque iudic. (3. 38.). A. M. ist Cocceii L. 10. T. 2. qu. 6. Hofacker T. 3. §. 3058.

[l] Struben 5. B. 137. Bed.

[m] C. L. Crell de pretio legali. Vitemb. 1756.

[n] H. de Cocceii de clausula reb. sic stantibus. Frkf. ad V. 1699. cap. 6. Weber v. d. nat. Verb. §. 90. A. M. ist Leyser Sp. 40. M. 4. und zum Theil Müller ad Leyser Obs. 154.

[o] L. 7. §. 8. de pact. (2. 14.) L. 15. C. de contrahend. stip. (8. 38.).

[p] Leyser Sp. 41.

hingegen auch auf andre, z. B. Bürgen und Erben über, so heifst der Vertrag pactum reale oder in rem [q].

Zweyte Abtheilung.

Ueber das Aufhören, Erhalten und Wiederherstellen der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 202.

Arten der Aufhebung und Vernichtung.

Betrachtet man die Rechte und Verbindlichkeiten in Rücksicht ihrer Dauer, so mufs man von dem Hauptgrundsatz ausgehen, dafs jedes Recht so lange dauert, bis es nach besonderen Bestimmungen erlischt, und dafs es nicht weiter aufhört, als diese Bestimmungen dasselbe einschränken. Da nun ein Recht sich mehrfach, durch Klagen und Einreden äufsert, so sollte man auch eigentlich die unbedingte Regel annehmen, dafs, wenn der Berechtigte blofs sein Klagrecht durch Verträge oder Gesetze verloren hat, die übrige Wirksamkeit des Rechts nicht mit vernichtet ist [r]. Allein wir haben die bestimmte Vorschrift, dafs wenn das Gesetz einem Gläubiger blofs zum Vortheil des Schuldners die Klage abspricht, oder diesem blofs eine Einrede gegen die Klage jenes gestattet ist, eben dadurch das ganze Recht des Gläubigers erlischt [s]. Die Römer sind jedoch diesen Grundsätzen nicht überall getreu geblieben [t].

§. 203.

Fortsetzung.

Aus der gänzlichen Aufhebung eines Rechts entspringen vernichtete (nullae, reprobatae), aus der theilweisen Aufhebung desselben eingeschränkte Verbindlichkeiten (restrictae). Ist eine Verbindlichkeit so vernichtet, dafs sie selbst nach der Strenge des Rechts als nicht vorhanden anzusehen ist: so wird sie eine

[q] L. 7. §. 8. L. 25. §. 1. de pact. (2. 14.). I. Scheffer de pacto reali et personali. Giess. 1692.

[r] Weber über die natürliche Verbindlichkeit, §. 91. 92.

[s] L. 26. §. 3. 7. L. 40. L. 43. L. 54. L. 56. de condict. indeb. (12. 6.) L. 112. de R. I. (50. 17.) L. 9. C. ad L. Falcid. (6. 49.). Vergl. mit L. 7. §. 4. de pact. (2. 14.).

[t] L. 5. §. 1. L. 9. L. 33. de cond. indeb. (12. 6.). Voet eod. Tit. §. 4. 17.

schlechthin vernichtete (ipso jure nulla) genannt; kann hingegen der Verpflichtete sich nur blofs nach der Billigkeit gegen die Strenge des Rechts durch das Berufen auf jene (ope exceptionis) gegen den Gläubiger decken, so heifst sie eine unwirksame (inefficax). Der Unterschied liegt darin, dafs dort die Klage überhaupt, hier aber nur nach vorgeschützter Einrede zu verwerfen ist [*u*].

§. 204.

Erlöschungsgründe.

Rechte und Verbindlichkeiten, welche einmal auf eine gültige Art entstanden sind, dauren in der Regel fort, auch wenn neue Umstände, unter denen sie nicht hätten entstehen können, eintreten sollten, falls nicht eine Unmöglichkeit der Leistung damit verbunden ist [*x*]. Nach allgemeinen Grundsätzen erlischt ein Rechtsverhältnifs nur durch Zahlung, und was dieser gleich ist [*y*], oder durch neue, dem Grunde derselben contradictorisch entgegengesetzte Thatumstände [*z*].

§. 205.

Erhaltungsmittel.

Fürchtet Jemand, durch eine Handlung ein Recht zu verlieren, so kann es räthlich und nothwendig werden, sich durch eine Erklärung wider die nachtheilige Auslegung der Handlung (Protestatio), oder durch den Vorbehalt seiner Rechte (Reservatio) dagegen zu verwahren [*a*]. Soll eine Handlung nach gesetzlicher Vorschrift durchaus gewisse Folgen haben, so wendet der Vorbehalt diese Folgen nicht ab [*b*], wohl aber, wenn sie nur durch einen Schlufs aus dem Sinn der Handlung gefolgert wer-

[*u*] Vergl. überh. Wehrn v. gerichtl. Einwend. §. 10. Westenberg de causs. obligat. Diss. 1. Cap. 4.

[*x*] §. 2. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 140. §. 2. de V. O. (45. 1.) L. 85. §. 1. de R. J. (50. 17.) Averanii int. L. 4 c. 24.

[*y*] S. oben §. 82. fgg.

[*z*] L. 35. de R. I. (50. 17.).

[*a*] L. 34. de neg. gest. (3. 5.) L. 14. §. 7. de religios. (11. 7.) I. H. Melich de protestationibus. Lips. 1672. I. Strauch de eod. arg. Ien. 1668. F. C. Koch D. sistens binas meditat. de protestatt. et consensu praesumto. Ien. 1740. S. Stryk de iure reservationum. Frkf. 1689. I. F. Wernher de reservato. Vit. 1726.

[*b*] L. 14. de publ. in rem act. (6. 2.) C. Thomasius de protestatione ius protestantis non conservante. Hal. 1699. Idem de protestatione facto contraria. Hal. 1699.

den, wiewohl doch hier die Protestation nicht hindern kann, dafs der Protestirende wegen der Eigenmacht und Widerrechtlichkeit seiner Handlung zur Verantwortung gezogen werde [c].

§. 206.

Wiederherstellung. Sind Rechtsverhältnisse vernichtet, so bleibt es dabey, bis sie aus besondern Gründen wieder hergestellt werden. Diefs kann natürlich geschehen 1) durch alle willkührlichen Thatumstände, welche nach allgemeinen Grundsätzen Rechtsverhältnisse erzeugen, wobey also auch die Rechte dritter Personen nicht gekränkt werden dürfen [d]; ferner 2) geradezu nach gesetzlicher Vorschrift (reviviscentia), sobald ein gewisser Thatumstand eintrit [e]; und endlich 3) durch den Richter, es sey nun von Amtswegen [f], oder auf einseitiges Anrufen eines verletzten Theils. Geschieht die Wiederherstellung aus Billigkeit wider strenge Rechtsgrundsätze, so nennt man sie vorzugsweise Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (restitutio in integrum) [g].

Dritter Abschnitt.

Ueber das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 207.

I) Rechtsfähigkeit. Das dritte, was bey Rechten und Verbindlichkeiten in Betracht kommt, ist das Subject derselben, d. h. dasjenige, dem etwas möglich oder nothwendig ist. Hier ist nun 1) zunächst die Frage vor

[c] L. 21. pr. de acquir. vel om. hered. (29. 2.) Müller ad Leyser Obs. 572.

[d] L. 27. §. 2. L. ult. de pact. (2. 14.) Voet L. 46. T. 3. §. 29.

[e] L. 14. pr. quem serv. am. (8. 6.) L. 5. §. 1. L. 19. pr. L. 20. §. 1. de captivis (49. 15.) A. L. Hombergk zu Vach de reviviscentia iuris extincti. Marb. 1743. I. F. Rivinus de obligatione extincta iterum reviviscente. Lips. 1746.

[f] Wo er überhaupt so handeln darf, z. B. in Sachen Minderjähriger.

[g] S. darüber unten den besondern Theil.

allen zu erörtern: wer kann Subject eines Rechts seyn, und zwar sowohl nach der Natur der Sache (natürliche Rechtsfähigkeit), als den Vorschriften des positiven Rechts (bürgerliche Rechtsfähigkeit)? Derjenige, welcher in irgend einer Rücksicht als Subject eines Rechts betrachtet wird, heifst insofern Person, besonders insofern man ihn als Subject bürgerlicher Rechte betrachtet: Sache dagegen heifst dann alles, was den Gegensatz einer Person ausmacht [h]. Die bürgerliche Rechtsfähigkeit ist das, was die Römer caput oder status nennen [i]. Die Neueren nennen sie dagegen, verbunden mit allen durch die Gesetze erzeugten Eigenschaften, wovon einzelne Rechte abhängen, status civilis; die natürliche Rechtsfähigkeit hingegen, verbunden mit physischen Eigenschaften, welche besondere Rechtsverhältnisse zur Folge haben, status naturalis.

§. 208.

1) Natürliche. Dazu gehört A) menschlicher Körper.

Wer als natürlich rechtsfähiges Subject betrachtet werden will, mufs Vernunft und Willen haben. Hiezu gehört nun, A) dafs er einen menschlichen Körper habe, gesetzt er sollte auch ungestaltet (portentum, ostentum) seyn [k]. Fehlen einem vom Weibe gebornen Wesen durchaus die physischen Anlagen, welche das Charakteristische des Menschen begründen, so heifst es monstrum, und wird keiner Rechte fähig gehalten [l], wiewohl das Leben desselben im Staat nicht der blofsen Willkühr der Aeltern überlassen werden kann [m].

[h] pr. I. de iure person. (1. 3.) §. 4. I. de cap. minut. (1. 16.) L. 20. §. 7. qui test. fac. poss. (28. 1.) L. 15. C. de SS. eccles. (1. 5.).

[i] In allgemeiner Rücksicht gehört also dahin der status libertatis, civitatis und familiae; pr. I. de cap. dem. (1. 16.) im engern Sinn nur der erste und zweyte. L. 3. §. 1. L. 4. de cap. min. (4. 5.) L. 1. §. 8. ad SCt. Tertyll. (38. 17.) Feuerbach civil. Vers. 1. B. n. 6.

[k] L. 38. de V. S. (50. 16.).

[l] L. 14. de stat. hom. (1. 5.) I. Weber D. de iure monstror. Giess. 1712. Ludwig Obs. phys. Med. Obs. 1. Haller gerichtl. Arzneyw. 1. Thl. S. 184. 185. C. L. Schweickhardt Beschreibung einer Mifsgeburt nebst einigen medic. Bemerk. über diesen Gegenstand. Tübing. 1801. 3. Abschn.

[m] Huber L. 1. T. 5. §. 7. Mancherley andre, zum Theil durch Haller a. a. O. S. 190. fgg. widerlegte Meynungen haben Leyser Sp. 15. cor. 2. Vol. IX. Sp. 47. M. 7. Müller ad Leyser Obs. 83.

und die Gesetze zuweilen eine solche Mifsgeburt zum Vortheil der Aeltern als Kind betrachten [n].

§. 209.

B) Geborenseyn.

Es mufs B) jedes menschliche Wesen, um als Subject von Rechten betrachtet werden zu können, wirklich geboren, d. h. auf irgend eine Weise von der Mutter getrennt seyn. Was im Mutterleibe ist (Embryo) wird nach der Strenge als Theil der Mutter angesehen [o]; doch sind alle Handlungen verboten, welche die Ausbildung und künftige Geburt desselben hindern [p]; auch hat man es als Grundsatz angenommen, dafs der Embryo, sofern von dessen Vortheil die Rede sey, als rechtsfähige Person betrachtet werden müsse [q].

§. 210.

C) Leben und Lebensfähigkeit.

Das menschliche geborne Wesen mufs C) lebendig und lebensfähig geboren seyn. Das erste erkennt man nicht blofs aus dem Geschrey, sondern jedem andern sichern Lebenszeichen [r]; die Lebensfähigkeit (Vitalität) hingegen liegt darin, dafs das lebendig geborne Wesen so lange von der Mutter getragen ist, dafs es, auch wenn es noch nicht ganz vollkommen ausgewachsen seyn sollte, dennoch aufser der Mutter sein Leben fortsetzen kann. Die Gesetze fodern zur Vitalität, dafs ein Kind nach 181 Tagen vom Augenblick der Conception geboren werde. Wird es vorher geboren, so heifst es Abortus, und hat keine Kindesrechte [s], auch wenn es

[n] L. 135. de V. S. (50. 16.) O. P. Zaunschliffer de iure monstror. Marb. 1684. Th. 8. Walch ad Eckhard herm. iur. §. 199.

[o] L. 1. §. 1. de ventr. inspic. (25. 4.) L. 9. §. 1. ad L. Falcid. (35. 2.) L. 2. de mort. inferend. (11. 8.). Eckhard hermen. iur. §. 137. Vergl. überh. C. Wildvogel de iure embryonum. Ien. 1693. Mallinkrot de statu nondum nator. etc. Giess. 1782. C. H. Mauchart über die Rechte des Menschen vor s. Geburt. Frkf. u. Leipz. 1782.

[p] L. 18. de stat. hom. (1. 5.) L. 3. de poen. (48. 19.).

[q] L. 26. de stat. hom. (1. 5.).

[r] L. 3. C. de posth. hered. inst. (6. 29.).

[s] L. 12. de stat. hom. (1. 5.) L. 3. §. 12. de suis et legitim. (38. 16.) L. 2. C. l. c. Haller a. a. O. S. 110-112. W. G. Plouquet über die phys. Erfordernisse der Erbfähigkeit. Tüb. 1779. §. 71. 72. Cocceii

den 182sten Tag seiner Existenz erreichen und überleben sollte [t].

§. 211.

Beweis des Lebens und Todes.

Wer das Leben, oder den erfolgten Tod einer Person behauptet, muſs beides erweisen; doch hat man nach jetzigem Gerichtsgebrauch den Beweis des Todes auf mehrfache Art sehr erleichtert, indem man sich theils schon mit etwas mangelhaften Beweismitteln begnügt [u], theils den Tod eines Abwesenden, dessen Aufenthalt nicht auszumitteln ist, (eines Verschollenen) vermuthet, wenn von der Geburtsstunde desselben 70 Jahre verflossen sind [x]. Sterben mehrere Personen, ohne daſs es klar ist, wer früher starb, und zwar I) eines natürlichen Todes, so ist zu vermuthen, daſs die ältere früher gestorben sey [y]. Sterben sie II) eines gewaltsamen Todes, so ist nach der Natur der Sache in der Regel anzunehmen, daſs keiner früher, oder später als der Andere starb [z], selbst wenn Eheleute zugleich umkommen [a]. Nur in Rücksicht der Aeltern und Kinder haben wir, wo

I. C. L. 1. T. 6. qu. 3. — A. M. sind, theils wegen L. 3. cit. und L. 12. §. 1. de lib. et posth. (28. 2.), theils aus medicinischen Gründen Caranza de part. natural. et legitim. c. 3. Stryk U. M. P. L. 1. T. 5. §. 14. Ammann medic. crit. Resp. 6. 8. — Vergl. auch noch G. C. Baumgärtner de different. part. vital. et non vitalis Alt. 1747. C. A. Fabrott Ex. 1. de tempore partus humani (in Otto Th. T. 5.) Oelze de partu vivo vitali et non vitali praecipue rat. transmiss. hered. Ien. 1768.

[t] Das Gegentheil behauptet Glück Comm. §. 115.

[u] I. C. Finke de unius testis confessione. Goett. 1798. §. 9. S. jedoch dawider I N. Hert de apertura testam. (op. V. 2. T. 3.). Sect. 1. §. 14.

[x] Koch succ. ab intest. Auct. 1. Müller ad Leyser Obs. 240. Köchy Medit. 1. B. n. 23.

[y] L. 15. pr. de inoff. test. (5. 2.). S. überh. I. Carmon de praesumto ordine mortalit. commor. in linea recta. Rost. 1754. J. F. de Retes de commorient. iure; in opusc. L. 7. c. 5. (Otto Th. T. 6.) E. A. van Voorst de iure quod oritur ex commorientibus ad varia iur. Rom. loca. Trai. ad R. 1757. (Oelrichs Thes. nov. T. 2. V. 2. n. 9.). Glück v. der Intestat-Erbfolge §. 3.

[z] L. 9. pr. L. 18. de reb. dub. (34. 5.) L. 34. ad SCt. Treb. (36. 1.) A. Faber coni. L. 13. c. 14. 16. vergl. mit Averan int. L. 5. c. 31. n. 8.

[a] L. 32. §. 14. de don. int. V. et U. (24. 1.) L. 26. de mort. c. don. (39. 6.) Glück a. a. O. S. 14. 15.

nicht singulaire Gründe zu einer Ausnahme eintreten [b], die Regel, daſs von dem unmündigen Kinde der frühere, von dem mündigen der spätere Tod vermuthet werden solle [c]. III) Für den vermischten Fall, wenn Einer eines natürlichen, der Andre eines gewaltsamen Todes starb, haben wir keine Gesetze. Hier muſs denn also wieder die natürliche Regel gelten, daſs von keinem der frühere oder spätere Tod zu vermuthen ist.

§. 212.

D) Vernunft.

Auch der lebendige lebensfähige Mensch kann selbst nur insofern als Subject eines Rechts und einer Verbindlichkeit angesehen werden, als er D) des Gebrauchs seiner Vernunft mächtig ist. Menschen also, in denen entweder die Vernunft noch unentwickelt schlummert, oder die durch Krankheit des Gebrauchs derselben beraubt sind, können insofern weder als berechtigt, noch verpflichtet angesehen werden, es mag nun die Geistesabwesenheit mit Raserey begleitet seyn (furiosi), oder nicht (mente capti, dementes) [d]; wiewohl in Augenblicken der wiederkehrenden Vernunft (dilucida intervalla) ihre Rechtsfähigkeit für diese Zeit wieder auflebt [e]. Bis zum Beweise des Gegentheils streitet für jeden die Vermuthung, daſs er vernünftig sey [f].

§. 213.

2) Bürgerliche Rechtsfähigkeit.

Die bürgerliche Rechtsfähigkeit hängt von willkührlichen Bestimmungen der Gesetze ab. Sie kann aufgehoben werden theils absolut, theils für gewisse Fälle. Diese letzten werden in der Folge einzeln angeführt werden. Unter die erste Rubrik würde die Lehre von den Römischen Sklaven und den peregrinis gehören, welche ersten fast durch-

[b] L. 17. §. 7. ad SCt. Treb. (36. 1.) Voet comm. L. 24. T. 5. §. 3. L. 36. T. 1. §. 16. Voorda elect. c. 20.

[c] L. 9. §. 1. §. ult. L. 22. L. 23. de reb. dub. (34. 5.).

[d] §. 3. 4. I. de curator. (1. 23.) L. 6. de curat. furios. (27. 10.) L. 2. de inoff. test. (5. 2.) I. A. Frommann de iure furiosor. singular. Tüb. 1655. Stryk de dementia et melancholia.

[e] §. 1. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 12.) L. 17. eod. (28. 1.) L. 9. C. eod. (6. 22.).

[f] C. Thomasius D. de praesumtione furor. et dementiae. (Diss. acad. T. 4.) G. L. Crell de probatt. sanae mentis. (Diss. Fasc. 5. n. 31.)

aus aller, und die letztern bürgerlich Römischer Rechte unfähig gehalten wurden; daher auch der Verlust der Freyheit, capitis deminutio maxima, der des Bürgerrechts hingegen capitis deminutio media genannt wird [g]. Da wir aber keine Sklaven mehr haben, und unsre Deutsche Verfassung über Leibeigenschaft und Bürgerrecht von ganz andrer Natur ist: so muſs bey dem Pandektenvortrage das, was die Verfassung der Römer betrifft, der Rechtsgeschichte, das Uebrige dem Deutschen Recht überlassen werden.

§. 214.

II) Mehrere Rechte Einer Person.

Mehrere können Subjecte Eines Rechts und Einer Verbindlichkeit seyn, so wie umgekehrt Einer mehrere Rechte haben, und mehrfach verpflichtet seyn kann [h]. In Beziehung auf den letzten Fall bedarf es hier nur noch der Bemerkung, daſs wenn mehrere Rechte und Verbindlichkeiten in Einem Subject zusammentreffen, und nicht nach dem obigen (§. 100.) dadurch erlöschen, ein jedes der Rechte vollständig ausgeübt, und die Erfüllung jeder Verbindlichkeit vollständig verlangt werden kann [i]; daſs ferner, wenn nur eines der Rechte ausgeübt werden kann, im Zweifel dem Berechtigten die Wahl zusteht [k]; und endlich daſs alles, was er in der einen Rücksicht thut, in der andern Rücksicht ohne Nachtheil für ihn ist [l].

§. 215.

III) Mehrere Subjecte Eines Rechts. 1) Communio.

Wenn mehreren ein ungetheiltes Recht zusteht, oder mehrere Personen Subject Einer Verbindlichkeit sind, so ist es Regel: jeder Berechtigte hat einen verhältniſsmäſsigen, im Zweifel gleichen Antheil am Ganzen, und jeder Verpflichtete kann nur auf einen proportionirten Theil belangt werden [m]. Steht mehreren ein

[g] Tit. I. de cap. demin. (1. 16.).

[h] I. N. Hert de uno homine plures sustinente personas. Giess. 1699. (in op. Vol. 1. T. 3. p. 27. fgg.).

[i] Koch success. ab intest. Auct. III. §. 1.

[k] L. 12. pr. de legat. I. (30.) Hert l. c. Sect. 1. §. 3. 5. Mevius P. 1. Dec. 291.

[l] §. 4. I. de inoffic. testam. (2. 18.).

[m] L. 29. pr. pro socio (17. 2.) L. 11. §. 1. de duob. reis (45. 2.) Schmidt de praesta-

ungetheiltes Recht zu, welches nicht, wie Geldfoderungen [n] durch sich selbst getheilt ist; so nennt man diefs eine Gemeinschaft (communio). Diese hat denn zur Folge, dafs einem jeden der Berechtigten ein idealer gleicher oder ungleicher Antheil am Ganzen zusteht, und dafs das Recht desselben sich theilweise über alle Theile des Gegenstandes der Gemeinschaft (pro indiviso) erstreckt [o]. Ist die Gemeinschaft ein dingliches Recht, so nennt man sie im allgemeinen condominium.

§. 216.

Fortsetzung. Eine Gemeinschaft kann sich nur auf einzelne, oder auf die gesammten Rechte verschiedener Personen beziehen [p]. In jenem Fall nennt man sie eine particulaire, in diesem eine universelle. Wird sie nicht durch einen Vertrag errichtet, sondern entsteht sie auf andre Weise [q]: so pflegt man ihr den Namen communio incidens zu geben [r].

§. 217.

Fortsetzung. Wer in einer Gemeinschaft steht, kann über seinen Antheil, so weit diefs, z. B. durch Veräufserung, unbeschadet des Rechts der übrigen geschehen kann, frey verfügen [s], und, aller entgegenstehenden vertragsmäfsigen, und anderen Verfügungen ungeachtet, die Aufhebung derselben verlangen [t]. Jede weitere Disposition, jeder Eingriff in die Rechte der andern ist, insofern als er diefs ist, verboten, und nichtig [u], wenn nicht entweder zur Erhaltung des Gegenstandes, worauf sich das Recht bezieht, eine solche ein-

tione ratae Rostoch. 1741. G. L. Crell de praesumt. aequalitatis in iudic. divisor. (Diss. T. IV. n. 12.).

[n] L. 2. §. 5. L. 4. pr. L. 25. §. 1. fam. herc isc. (10. 2.).

[o] L. 16. pr. l. c. L. 19. si servit. vindic. (8. 5.) L. 6. §. 8. commun. divid. (10. 3.) L. 3. §. 2. qui pot. in pignor. (20. 4.) L. 7. §. 4. quib. mod. pign. solvit. (20. 6.).

[p] L. 5. pr. P. pro socio. (17. 2.).

[q] z. B. L. 31. 32. l. c. §. 27. I. de rer. divis. (2. 1.).

[r] I. F. Kayser de commun. incidente. Giess. 1719.

[s] L. 1. L. 3. C. comm. div. (3. 37.) L. 68. pr. pro soc. (17. 2.) L. 28. comm. div. (10. 3.)

[t] L. 14. §. 2. comm. divid. (10. 3.) L. 59. pro soc. (17. 2.).

[u] L. 2. de servitut. (8. 1.) L. 1. 4. C. commun. rer. alienat. (4. 52.).

seitige Disposition nothwendig [x], oder den übrigen durchaus unschädlich seyn sollte [y]. Selbst die Majorität der Stimmen bindet den einzelnen Widersprechenden nicht, vielmehr dieser, als solcher, den Willen aller andern [z].

§. 218.

2) Rechte einer Gemeinheit.

Man muſs sich wohl vorsehen, mit diesen gemeinschaftlichen Rechten die Rechte einer Gemeinheit (Gesammtrechte, Gesammteigenthum) nicht zu vermengen. Die Grundsätze darüber gehören eigentlich in die Lehre von den Rechten einzelner Personen; allein um sie durch Entgegenstellen zu schärfen, ist es zweckmäſsiger, an diesem Orte davon zu handeln.

§. 219.

Begriff der Gemeinheit.

Eine jede zu einem immerwährenden Zweck verbundene Mehrheit von Personen heiſst Gemeinheit (universitas, collegium). Soll eine solche im Staat als erlaubt angesehen werden (collegium licitum), so muſs sie das Recht, sich zu constituiren, vom Regenten auswirken [a], worauf sie denn neue Glieder im Zweifel nach Willkühr aufnehmen kann, nur nicht, wenigstens nach den Gesetzen, das Mitglied einer andern Gemeinheit [b]. Bey Errichtung derselben müssen nicht unter drey Personen da seyn; doch kann sie nachher durch Eine fortgesetzt werden [c], und so successiv ihre Glieder durchaus vertauschen, ohne dadurch eine andre Person zu werden [d].

[x] L. 52. §. 10. pro soc. (17. 2.) L. 4. C. de aedific. privat. (8. 10.) A. Beier de restaurat. dom. ruinos. commun. Ien. 1677.

[y] L. 13. §. 1. de S. P. U. (8. 2.) Leyser Sp. 118. m. 1. C. 1. vergl. mit Wernher lect. comm. L. 10. T. 3. §. 7.

[z] L. 28. comm. divid. (10. 3.) L. 10. pr. de aqua et aqu. pluv. arc. (39. 3.) Struben 5. B. 30. Bed. Pufendorf T. 1. Obs. 125.

[a] L. 1. pr. §. 1. L. 3. §. 1. de colleg. et corp. (47. 22.) L. 1. pr. quod cuiuscunq. univ. nom. (3. 4.) cap. 7. x. de privil. (3. 55.) Heineccius D. de colleg. et corpor. opificum (op. var. syllog.).

[b] L. 1. §. 2. de colleg. (47. 22.) L. 10. C. de assessor. (1. 51.) cap. 5. x. de praebend. (3. 5.) cap. 3. x. de cleric. non resident. (3. 4.) Leyser Sp. 559. c. 4. Schilter Ex. 49. §. 54.

[c] L. 7. §. ult. quod. cuiusc. univ. nom. (3. 4.) L. 85. de V. S. (50. 16.).

[d] L. 76. de iudic. (5. 1.).

Jetzt nennt man gewöhnlich die, zu öffentlichen Zwecken vom Staat bestellten Gemeinheiten Collegia, und diese, sofern aus mehreren derselben wieder ein Ganzes gebildet ist, Corpus [e].

§. 220.

Gemeindegewalt.

Wenn eine Gemeinheit auf gehörige Weise, d. h. nachdem alle Glieder auf die herkömmliche Art berufen, von den Berufenen wenigstens zwey Drittheile erschienen, und diese durch Mehrheit der Stimmen über etwas übereingekommen sind [f]: so begründet dieser Schlufs der Majorität ein Gesetz in allen Gemeindesachen, welches die sämmtlichen Glieder anerkennen müssen [g]. Personen, welche unter Vormündern stehen, müssen nach der Meynung vieler mit diesen berufen werden [h]. Es bedarf indefs keiner Berufung aller, wenn gewissen Personen die Besorgung der Gemeindeangelegenheiten übertragen ist [i], so wie jeder Einzelne seine Einwilligung geben mufs, wenn die, demselben als solchen gehörenden Rechte beschränkt werden sollen [k]. Bey Collegien wird jetzt häufig nicht darauf gesehen, ob zwey Drittheile erscheinen [l].

§. 221.

Rechtsverhältnisse in Gemeinheiten.

Die Rechtsverhältnisse einer Gemeinheit und deren Glieder bestehen in Folgendem: I) eine Gemeinheit ist, als mystische Person, fähig, ein actives und passives Vermögen zu erwerben [m], und kann selbst durch Ver-

[e] Stryk U. M. L. 47. T. 22. §. 1.

[f] L. 19. ad municipal. (50. 1.) L. 5. C. de legat. (10. 63.) L. 2. C. de decurion. (10. 31.) L. 3. de decret. ab ord. fac. (50. 9.).

[g] L. 5. C. de legat. (10. 63.) L. 46. C. de Decurion. (10. 31.) L. 2. 3. C. de praed. decurion. (10. 33.) L. 19. de tutor. et curat. dat. (26. 5.) L. 160. §. 1. de R. I. (50. 17.) L. 19. ad municip. (50. 1.).

[h] Stryk U. M. P. L. 3. T. 4. §. 10. Wesenbeccius comm. eod. Tit. n. 5.

[i] Riccius v. Stadtges. 2. B. 6. Hpst. §. 3.

[k] L. 5. in fin. C. de auctor. praestand. (5. 59.) L. 28. comm. divid. (10. 3.) cap. 29. 56. de R. I. in 6. (Lib. 5.).

[l] Mevius ad ius Lubec. L. 1. T. 1. Art. 2. n. 26. 27. Müller ad Leyser Obs. 938.

[m] L. 7. pr. L. 9. quod cuiuscunque univ. nom. (3. 4.).

brechen verpflichtet werden [n], wobey man jedoch nur die, gegen eine moralische Person denkbaren Strafen gestatten darf. II) Da das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten einer Gemeinheit durch den Willen der Majorität gebildet wird, so folgt daraus der, für viele Lehren [o], äufserst wichtige Satz, dafs das einzelne Gemeindeglied weder an den Rechten, noch an den Verbindlichkeiten der Gemeinde pro rata einen Antheil hat [p], also auch nicht eine theilweise Benutzung der Gemeindesachen ohne besondere Concession verlangen kann. Ist das letzte der Fall, so nennt man eine, von allen benutzte Gemeindesache res universitatis s. str., wenn hingegen daran keine gemeinschaftliche Benutzung stattfindet, patrimonium universitatis [q]. III) Eine Gemeinde kann, unter Vorbehalt der Oberaufsicht des Regenten [r], über die, nicht unter Beschränkungen von ihr erworbenen Güter frey verfügen, also auch, selbst nach aufgelöster Gemeinheitsverbindung unter ihre Glieder vertheilen [s]. Eine solche Theilung kann durch die Majorität beschlossen werden. Auch die Art der Theilung ist zunächst davon abhängig. Will aber die Majorität nichts darüber bestimmen, so sind, un-

[n] L. 9. §. 1. quod met. causs. (4. 2.) Auth. Item nulla commun. Auth. Item quaecunque commun. C. de episc. et cleric. (1. 2.) C. I. F. Meister princ. iur. cr. §. 45. Grolman Bibl. d. P. R. 2. Thl. 1. St. S. 431. 432. Malblank obs. quaedam ad delicta univ. (op. iur. cr. n. 1.).

[o] Vergl. Hommel Rhaps. Obs. 187. Hartleben med. ad P. Sp. 3. m. 2. Müller ad Leyser Obs. 40. Carpzov P. 2. C. 6. Def. 24. I. G. Bauer civis novus ad collect. ob debitum civit. antiquum obligatus. Lips. 1741. (opusc. T. 1. n. 10.) Leyser Sp. 131. m. 5. Mevius P. 8. Dec. 275. W. A. Lauterbach de confusione. §. 36. Carpzov P. 1. C. 13. Def. 9. Idem Resp. L. 2. n. 65. Kind quaest. for. T. 3. n. 29. Gönner jurist. Abh. 2. Thl. n. 13. §. 1. Besonders I. L. Gaudlitz de finibus inter ius singulorum et universitatis regundis. Lips. 1804.

[p] L. 6. §. 1. de rer. div. (1. 8.) L. 7. §. 1. quod cuiusc. univ. nom. (3. 4.) L. 10. §. 4. de in ius voc. (2. 4.) L. 1. §. 15. ad SCt. Treb. (36. 1.).

[q] Höpfner Comm. §. 275. Schoepf de bonis universitatum. Tub. 1740.

[r] S. Stryk de alienat. rer. et bonor. univ. Idem de iure principis circa rationes civitat. (in Diss. collect.) Leyser Spec. 664. G. L. Boehmer de iure principis circa loca et opera publica (elect. i. c. T. 1.).

[s] L. 3. pr. L. 4. de colleg. et corp. (47. 22.) L. 5. de decret. ab ord. fac. (50. 9.) Tit. C. de praed. decur. (10. 3.) Müller ad Leyser Obs. 888.

beschadet der erworbenen Nutzungsrechte Einzelner [t], im Zweifel Kopftheile zu machen [u]. IV) Eine Gemeinde kann ein Gemeindesiegel haben [x], und V) jetzt allgemeine in Rücksicht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Ansprüche auf die Rechte der Minderjährigen machen [y]. Endlich ist VI) jedes Mitglied verpflichtet, die Ehrenämter (honores), und sonstigen persönlichen oder pecuniären, oder aus beiden gemischten Lasten (munera, personalia, realia, mixta) der Gemeinheit zu übernehmen und zu tragen [z], sofern es dazu fähig ist [a], keinen besonderen Entschuldigungsgrund hat, oder nicht vom Regenten eine Befreyung (immunitas, vacatio) erhielt [b].

§. 222.

Gemeinde-Vorsteher. Deren Pflichten.

Eine Gemeinheit kann entweder ihre Geschäfte selbst besorgen, oder dieselben durch Vorsteher (actores, syndicos, administratores) besorgen lassen [c]. Im letzten Fall nennt man sie universitas ordinata. Die Pflicht solcher Vorsteher besteht dann darin, dafs sie, nach geleisteter Caution [d], ihr Amt übernehmen, mit gehörigem Fleifs, wie es Vormündern gebührt, ausführen [e], ihre Rechnungen förmlich ablegen, und gegen

[t] S. den vorigen §. und auch noch v. Ende jurist. Abh. n. 10.

[u] Jenaische A. L. Z. v. J. 1804. Nr. 241. Abweichend sind: Runde Beytr. zur Erl. rechtl. Gegenst. 1. B. n. 1. Krüll Prüf. einz. Theile des bürg. R. 2. B. n. 1. Gönner über Cultur und Vertheilung der Gemeindeweiden. Landsh. 1803. Gaudlitz l. c. 3. 4.

[x] I. H. Boehmer de iure et auctor. sigilli authentici. Hal. 1742. M. D. Grollmann de eo quod just. est circa sigill. univers. Giess. 1711. u. Lips. 1750.

[y] S. unten die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

[z] L. 9. L. 14. pr. §. 1. L. 18. de mun. et honor. (50. 4.) L. 18. L. 214. L. 239. §. 3. de V. S. (50. 16.).

[a] L. 6. pr. §. 1. L. 11. L. 14. §. 3. de mun. et honor. (50. 4.).

[b] Tit. P. de vacat. et excusat. mun. (50. 5.) Tit. P. de iure immun. (50. 6.) Codex L. 10. Tit. 25. 44—52. 64. Malblank princ. iur. Rom. §. 107. 108.

[c] L. 1. §. 1. quod cuiusc. univ. nom. (3. 4.) L. 18. §. 13. de mun. et hon. (50. 4.). M. A. Engel de syndicatu et eius valida renunciatione. Lips. 1797.

[d] L. 3. §. ult. de admin. rer. ad civ. pert. (50. 8.) Eine Ausnahme enthält L. 9. §. 7. eod.

[e] L. 2. §. 2. L. 6. eod. Tit. C. de praed. decur. sine decret.

die, ihnen zur gehörigen Zeit gemachten Erinnerungen verantworten [f]. Haben sie dem Auftrage gemäfs gehandelt, so verpflichten sie die Gemeinheit durch ihre Geschäfte, sonst aber nur insofern, als eine Nutzanwendung zum Besten der Gemeinheit erwiesen werden kann [g].

§. 223.

Pflichten mehrerer Vorsteher.

Werden von Administratoren einer Gemeinheit Versehen begangen, so ist in Ansehung der Verantwortlichkeit zu unterscheiden: I) der Fehlende handelte da, wo er vermöge eines öffentlichen Auftrages (denn ein Privat-Vertrag der Collegen ändert nichts [h]) allein zu handeln befugt war, ohne der Aufsicht der Andern unterworfen zu seyn: dann haftet er allein [i]. War diefs aber II) nicht der Fall, so haften alle wegen der Handlungen aller auf das Ganze [k], jedoch so, dafs der Schuldige zuvor auszuklagen [l], und mehreren Schuldigen, welche nicht wegen einer Arglist belangt werden, die Einrede der Theilung (§. 227.) zu gestatten [m], auch derjenige, welchem die specielle Administration nicht mit übertragen

non alien. (10. 33.). G. Schubart de administr. rer. ad civit. pertin. Ien. 1694.

[f] L. 2. §. 2. L. 8. D. eod. L. 13. §. 1. de div. temp. praescr. (44. 3.) Leyser Vol. 11. Spec. 677. M. 3—8. vergl. mit Müller ad Leyser Obs. 940. 941.

[g] L. 27. de reb. cred. (12. 1.) L. 6. de decret. ab ord. fac. (50. 9.) Ueber die verschiedenen Ideen: I. V. Bechmann de civitatt. ex mutuo obligatione. Ien. 1677. T. I. Reinharth de incauto contrahente cum universitatibus. Erf. 1711. I. G. v. Boeckellen de obligat. universitat. secularis civilis ex contractu. Helmst. 1686. C. L. Crell de senatoribus et quat. ex eorum factis civitas teneatur. Vit. 1736. (Diss. F. 4. n. 26.) Leyser Sp. 131. M. 11. Müller ad Leyser Obs. 289 - 292. 939.

[h] L. 2. §. 8. L. 3. de admin. rer. ad civ. pert. (50. 8.) Ueber Substitution eines Dritten s. Leyser Vol. XI. Sp. 680. M. 33.

[i] L. 1. pr. de magistr. conv. (27. 8.) Leyser Vol. 11. Sp. 680. M. 8. vergl. mit Müller ad Leyser Obs. 943.

[k] L. 11. pr. ad municip. (50. 1.) L. 1. C. quo quisque ord. (11. 35.) I. F. Rivinus de culpa ab uno collegarum commissa a toto collegio praestanda. Lips. 1742. A. M. ist Wehrn doctrin. iur. expl. princ. damni etc. §. 14.

[l] L. 1. §. 9. de magistr. conv. (27. 8.) L. 1. C. quo quisque ord. (11. 35.).

[m] L. 7. de magistr. conv. (27. 8.). Leyser l. c. M. 43.

war, ganz zu befreyen ist, wenn ihm in Rücksicht der Aufsicht keine Schuld zur Last fällt [n]. Bey Versehen einer Magistratsperson wird auf allen Fall die, zufolge des Bisherigen, verantwortlichen Collegen erst nach den Bürgen des Schuldigen, und dessen Nominatoren [o] in Anspruch zu nehmen [p]. Ist aber ein Collegium von andrer Art, so haften die Collegen des Schuldigen vor oder nach den Bürgen und Nominatoren des letzten, je nachdem ihnen eine ungetheilte, oder eine getheilte Administration mit dem Schuldigen gegeben war [q]; auch haften die Bürgen und Collegen nie wegen einer Strafe des Schuldigen [r]. Uebrigens versteht es sich, dafs die, wider die Administratoren zu verhängende Execution nur auf deren Vermögen, nicht aber auf das, dem Genufs der Administratoren nicht überlassene Vermögen der Gemeinheit zu richten ist [s], und dafs Beamte und deren Erben keineswegs für die, nach geendigtem Amte, oder vor Uebernahme desselben von andern Mitgliedern begangene Versehen zu haften brauchen [t].

§. 224.

5) Correal-Verhältnisse.

Die Regel (§. 215.), dafs Rechte und Verbindlichkeiten im Zweifel nur theilweise den mehreren Subjecten zustehen und obliegen, leidet in den Fällen eine Ausnahme, wenn von mehreren Berechtigten ein jeder aus demselben Grunde auf gleiche Weise das Recht hat, das Ganze (solidum) zu fodern, und eben so von mehreren Verpflichteten jeder auf das Ganze belangt werden kann. Ist diefs, so werden jene correi credendi, und, wenn ihr Recht

[n] L. 14. de admin. tut. (26. 7.) L. 9. §. 8. de admin. rer. ad civ. pert. (50. 8.). Leyser l. c. M. 40.

[o] d. h. die, welche Untüchtige in Vorschlag brachten: L. 2. C. qui pet. tut. (5. 31.) L. 1. 4. C. de magistr. conv. (5. 75.) L. un. C. de pot. ad mun. (10. 65.) Vergl. Müller ad Leyser Obs. 611.

[p] L. 11. 12. 13. ad munic. (50. 1.) L. 3. 4. C. quo quisque ord. (11. 55.).

[q] L. 2. C. eod.

[r] L. 68. pr. de fid. et mand. (46. 1.) L. 17. §. ult. ad munic. (50. 1.).

[s] Vergl. Wehrn l. c. §. 14. a. E. Müller l. c. Obs. 943. in f.

[t] L. 1. C. de peric. nom. (11. 53.) L. 9. §. 9. de admin. rer. ad civ. pert. (50. 8.) L. 23. C. de decurion. (10. 31.).

durch Stipulation entstand, correi stipulandi; diese hingegen correi debendi, und, wenn sie durch Stipulation verpflichtet wurden, correi promittendi genannt [u]. Das ganze Rechtsverhältnifs jener und dieser bezeichnet man auch durch die Ausdrücke: obligatio correalis activa und passiva.

§. 225.

Fortsetzung.

Correal-Verhältnisse entstehen aus mancherley Gründen. Mit Uebergehung der in der Folge gelegentlich vorkommenden einzelnen Fälle, sind hier nur folgende Regeln aufzustellen. 1) Was überhaupt Rechtsverhältnisse begründet, z. B. Verträge und Testamente, kann auch Correal-Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen [x]. 2) Auch ohne besondere Gründe finden dergleichen statt, wenn mehrere Berechtigte einen untheilbaren Gegenstand zu fodern haben, oder von mehreren Verpflichteten ein solcher gefodert werden kann [y]. Insbesondere entspringen 3) Correal-Verbindlichkeiten aus allen verbotenen Handlungen, und was denselben gleich ist. Wenn nämlich mehrere vereint ein Verbrechen begangen haben, oder wegen eines Quasi-Delicts verantwortlich sind, so kann jeder für alle auf den ganzen Schadensersatz belangt werden [z]; doch versteht es sich, dafs das, was eigentliche Strafe ist, von jedem Einzelnen nach einander gefodert werden darf [a].

§. 226.

Fortsetzung.

Was die Wirkungen, und zwar I) der activen Correal-Obligation, welche für alle Creditoren fortdauert, so lange sie durch den einen erhal-

[u] Tit. I. de duob. reis stip. (3. 17.). Tit. p. eod. (45. 2.). I. Ronchegallus de duob. reis constituend. Lugd. 1559. I. A. Frommann de correali oblig. Tub. 1677. S. F. Willenberg de iure correor. (in Disp. Sab. p. 2. n. 37.) H. Becker de natur. ac indol. correal. obligat. Rost. 1759. V. Dresky de correal. obligat. Götting. 1777.

[x] L. 9. pr. h. t. (45. 2.) L. 8. §. 1. de legat. I. (30.) L. 25. pr. de legat. III. (32.).

[y] L. 17. de servitut. (8. 1.) L. 23. §. 3. de S. P. R. (8. 3.) L. 2. §. 2. de V. O. (45. 1.) L. 192. pr. de R. I. (50. 17.).

[z] L. 1. §. 10. L. 2. L. 3. de his qui effud. (9. 3.) L. 14. §. 15. L. 15. quod. met. causs. (4. 2.) L. 1. C. de cond. furtiv. (4. 8.).

[a] L. 11. §. 2. 4. L. 51. §. 1. 2. ad L. Aquil. (9. 2.) Noodt ad L. Aquil. cap. 10.

ten wird [b], betrifft, so kann 1) jeder der Gläubiger den Schuldner auf das Ganze belangen, dadurch, wenn die Einlassung erfolgt, die übrigen Mitgläubiger ausschliefsen, und, wenn die Zahlung geschieht, durch Annahme derselben den Schuldner ganz befreyen [c]. 2) Hat der Gläubiger, welcher das Ganze erhielt, sich den andern Gläubigern nicht verbindlich gemacht, das Empfangene mit ihnen zu theilen, so ist er befugt, dasselbe für sich allein zu behalten [d]. 3) Alles, was juristisch überhaupt der Zahlung gleichgesetzt wird (Acceptilation, Novation, Compensation, ein, die gänzliche Ungültigkeit der Schuld erkennendes richterliches Urtheil, Confusion und Eid), hat auch hier mit derselben gleiche Wirkungen [e]. Ein bloſser Nachlaſsvertrag des einen Gläubigers schadet indeſs den übrigen Gläubigern nicht [f], und es ist wider die Gesetze, wenn viele [g] annehmen, der Nachlaſsvertrag des einen schade den andern insoweit, daſs sie das, was sie jenem nach eingehobener Schuld pro rata geben müssen, vom Schuldner nicht einklagen können.

§. 227.

Fortsetzung.

II) Die Wirkungen der passiven Correal-Obligation sind folgende: 1) jeder der Schuldner kann, sofern er sich nicht seines Rechts begab [h], auf das Ganze oder auf einen Theil belangt werden, selbst wenn die Verbindlichkeit in der Person des andern Mitschuldners aufgehört hat [i]; auch ist die Anstellung der Klage jetzt dem Gläubiger in Rücksicht der

[b] L. ult. C. h. t. (8. 40.).

[c] §. 1. I. h. t. (3. 17.) L. 9. de V. O. (45. 1.) L. 2. L. 16. h. t. (45. 2.) L. 57. §. 1. de solut. (46. 3.).

[d] L. 62. pr. ad L. Falcid. (35. 2.) Voet L. 45. Tit. 2. §. 7. Ohne allen Grund beh. das Gegentheil Hellfeld I. F. §. 1906.

[e] L. 2. h. t. (45. 2.) L. 31. §. 1. de novat. (46. 2.) L. 16. pr. de acceptilat. (46. 4.) L. 27. 28. pr. de iureiur. (12. 2.) Lauterbach colleg. L. 45. T. 2. §. 16. 29.

[f] L. 27. pr. de pact. (2. 14.) L. 34. pr. de recept. (4. 8.).

[g] Vergl. Glück Comm. §. 339. not. 70.

[h] Dahin gehört auch der Fall, wenn er jeden der Schuldner auf seine rata belangt. L. 16. C. de fideiussor. (8. 41.) Glück Comm. §. 339. Lauterbach coll. L. 45. T. 2. §. 21.

[i] L. ult. h. t. (45. 2.) Lauterbach l. c. §. 25.

übrigen Schuldner ohne Nachtheil [k]. Zahlt indeſs der eine das Ganze, so werden die übrigen befreyt [l]; auch hat, nach der zum Theil durch die Gesetze [m] unterstützten Praxis [n] der auf das Ganze belangte Schuldner, Kaufleute abgerechnet [o], wenn seine Verbindlichkeit nicht aus einem Verbrechen entstand, und die übrigen Mitschuldner ohne Mühe ausgeklagt werden können, die Einrede der Theilung (exceptio divisionis) dahin, daſs er die Ausklagung der übrigen auf ihre rata verlangen kann, sofern er der Einrede nicht entsagte. Keineswegs aber kann er durch die Einrede der Vorausklage (ex. ordinis, excussionis) den Gläubiger ganz an seinen Mitschuldner verweisen, wenn es ihm nicht die Gesetze besonders gestatten, wohin viele auch den Fall zählen, wenn der andre allein empfing, was die Schuld begründet [p]. 2) Hat der eine correus debendi bezahlt, so kann er die andern nach der richtigern Meynung in der Regel nicht auf Entschädigung belangen, wenn diese sich ihm nicht dazu verpflichteten, oder er es versäumete, sich die Klagen des Gläubigers abtreten zu lassen [q]. Die, welche Mitschuldnern die Einrede der Theilung zugestehen, sollten indeſs von jener Regel offenbar die Ausnahme machen, daſs der Regreſs dann stattfinde, wenn der Zahlende in der Lage war, jene Einrede wirksam vorschützen zu können, und es, um dem andern zu nutzen, nicht that. 3) Durch das, was der Zahlung gleich ist, geschieht ebenfalls eine Befreyung der übrigen Schuldner [r], nicht aber durch einen bloſsen Nachlaſsvertrag des einen; doch werden sie dadurch insoweit gegen den Gläubiger gedeckt, als sie von dem Mitschuldner, welcher den Vertrag schloſs, wegen geleisteter Zahlung Entschädigung fodern können [s]. Gerade eben so weit werden die übrigen Mit-

[k] L. 3. de his qui effuder. (9. 3.) L. 47. §. 3. de pecul. (15. 1.) L. 51. §. 4. de evict. (21. 2.) vergl. mit L. 28. C. de fideiussor. (8. 41.).

[l] L. 1. §. 43. deposit. (16. 3.).

[m] Nov. 99.

[n] Vergl. Glück a. a. O. not. 86. 87. 88.

[o] Lauterbach l. c. §. 23.

[p] Lauterbach l. c. §. 20.

[q] L. 39. de fideiussor. (46. 1.) L. 76. de solut. (46. 3.) L. 2. C. h. t. (8. 40.) Faber coniect. L. 11. c. 6. Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 6.

[r] L. 3. §. 3. de liberat. legat. (34. 3.). S. auch den vorigen §. not. c.

[s] L. 21. §. ult. L. 23. in fin. L. 24. L. 25. pr. de pact. (2. 14.) L. 62. pr. ad leg. Falc. (35. 2.) Vinnius a. a. O.

schuldner befreyet, wenn der Gläubiger Nachfolger eines Schuldners wird [t]. 4) Die Strafen des Verzugs des einen Schuldners schaden den andern nicht [u], wohl aber wirkt es auch auf die andern, wenn die Schuld durch den einen erhalten wird [x].

§. 228.

IV) Verschiedenheiten der Personen.

Die Subjecte des Rechts sind nach ihren natürlichen Eigenschaften sehr verschieden. Nicht alle Eigenschaften der Menschen können aber den Juristen interessiren, sondern nur die, welche rechtliche Folgen nach sich ziehen, und zwar entweder die Rechtsfähigkeit eines Subjects begründen, oder auf die Verschiedenheit der Rechte Einfluſs haben (status naturalis). Von den ersten ist schon oben (§. 118 — 121.) gehandelt; es werden hier also nur noch die letzten zu erörtern seyn.

§. 229.

1) In Betreff des Geschlechts;

In Rücksicht des Geschlechts sind die Menschen entweder Männer, oder Weiber, oder beides zugleich. Im letzten Fall heiſsen sie Zwitter (hermaphroditi) [y]. Bey einem solchen können, wenn man bloſs bey dem Denkbaren stehen bleibt, entweder die Geschlechtstheile völlig gleich seyn (vollkommener Zwitter), oder die Theile des einen Geschlechts die des andern überwiegen (Mannszwitter, Weibszwitter). Die Gesetze halten nur das letzte für möglich, und geben dem Zwitter die Rechte des Geschlechts, zu welchem sich sein Körper vorzüglich hinneigt [z]. Sollten neuere Erfahrungen die Möglichkeit des ersten bestätigen, so würde juristisch die gemeine Behauptung [a], daſs ein solcher Zwitter sich für Ein Geschlecht entscheiden müsse, noch immer sehr

[t] L. 71. pr. de fideiussor. (46. 1.) Lauterbach Diss. de confusione. §. 49.

[u] L. 32. §. 4. de usur. (22. 1.) L. 173. §. 2. de R. I. (50. 17.).

[x] L. 18. h. t. (45. 2.) L. ult. C. eod. (8. 40.) Lauterbach coll. eod. §. 30.

[y] C. Bauchinus de hermaphrod. monstrosorumque part. natura. Oppenh. 1614. I. H. Felz de iure androgynorum. Arg. 1717. Haller gerichtl. Arzw. 1. Thl. 14 Cap. P. F. Monet de iure circa hermaphrod. Arg. 1788.

[z] L. 10. de stat. hom. (1. 5.).

[a] Stryk de iure sens. D. 1. c. 1. §. 62.

problematisch seyn, so wie die zweyte: ob man dem Zwitter nicht wenigstens eine Aenderung der Wahl gestatten dürfe [*b*]?

§. 230.

Fortsetzung. Im Zweifel sind die Rechte beider Geschlechter gleich [*c*]. Die Ausnahmen hievon [*d*] sind in der Folge einzeln anzuführen. Nur das ist hier noch zu bemerken, daſs, wenn die Gesetze, wie man es nennt, im masculino sprechen, das femininum in der Regel mit darunter begriffen ist [*e*], nicht aber umgekehrt [*f*].

§. 231.

2) des Alters. Die Verschiedenheit des Alters erzeugt gleichfalls mancherley rechtliche Folgen [*g*]. In dieser Rücksicht sind die Menschen entweder volljährig (maiores), oder minderjährig (minores), je nachdem sie nämlich das 25ste Lebensjahr vollendet haben, oder nicht [*h*]. Die Minderjährigkeit hat mehrere Stufen. So lange nämlich Knaben das 14te und Mädchen das 12te Jahr noch nicht vollendet haben, heiſsen sie unmündig (impuberes) [*i*], und der Zeitraum der Unmündigkeit wird prima, oder pupillaris aetas genannt [*k*]; nach Vollendung jener Zeit nennt man sie

[*b*] Vergl. z. B. Cocceii I. C. L. 1. T. 5. qu. 3.

[*c*] L. 9. de stat. hom. (1. 5.).

[*d*] Vergl. B. Carpzov de iurib. feminar. singular. I. V. Bechmann de privileg. mulier. Lips. 1712. Ien. 1720. T. G. G. Emminghaus de praecip. feminar. in german. iurib. Ien. 1751. Quistorp kl. Schrift. n. 3. E. L. E. Röslin v. d. besondern weibl. Rechten 2. B. 4. Mannh. 1775. 1779.

[*e*] L. 62. de leg. III. (32.) L. 1. 84. 116. 122. 163. §. 1. 172. 195. pr. 201. de V. S. (50. 16.).

[*f*] L. 45. pr. de leg. II. (31.) L. 81. pr. de leg. III. (32.) Hartleben med. Sp. 17. M. 3.

[*g*] G. L. Crell D. ius aetatis (Diss. F. 1. n. 4.) H. Moller de eo quod iustum est circa varias hominum aetates. Trai. ad R. 1732. u. Helmst. 1744. W. G. Ploucquet vom menschlichen Alter u. den davon abhangenden Rechten. Tüb. 1779.

[*h*] L. 1. de minor. (4. 4.).

[*i*] L. ult. C. quando tutor. vel curat. esse desin. (5. 60.) pr. I. quib. mod. tutel. finit. (1. 22.) A. W. Cramer de pubertatis termino ex disciplina Romanorum. Kil. 1804.

[k] L. 3. C. de praescr. 30. ann. (7. 39.) L. 8. §. 3. C. de bon. quae lib. (6. 61.) Manche, wie z. B. Voet L. 2. T. 15. §. 4. verstehen den Ausdruck prima aetas von der Minderjährigkeit; allein s. L. 30. C. de episcop. audient. (1. 4.) L. 10.

mündig (puberes) [l]. Bis zur Vollendung des 7ten Jahres heifsen Unmündige: Kinder (infantes), nachher infantia maiores [m]. Die letzten werden in den Gesetzen in infantiae und pubertati proximos eingetheilt. Der Sinn dieser Eintheilung ist aber nicht der, dafs man die Jahre zwischen Kindheit und Mündigkeit in zwey gleiche Hälften theilen müsse, sondern er ist blofs in der, nach den Subjecten sehr verschiedenen moralischen Fähigkeit, ein Verbrechen zu begehen, zu suchen [n]. Ausnahmsweise verstehen die Gesetze in einigen Fällen unter dem Ausdruck pubertas beym männlichen Geschlecht die Vollendung des 18ten, beym weiblichen die Vollendung des 14ten Jahres [o]. Diefs nennt man denn die volle Mündigkeit (pubertas plena), und im Gegensatz davon die eigentliche Mündigkeit die unvollkommene (pubertas minus plena).

§. 232.

3) der Gesundheit.

In Rücksicht der Vollkommenheit der natürlichen Anlagen sind die Menschen entweder vollkommen, oder unvollkommen. Ist die Unvollkommenheit unheilbar, so heifst sie ein Fehler (vitium); ist die Heilbarkeit nach allgemeinen Gesetzen möglich, eine Krankheit (morbus), und zwar im letzten Fall, wenn sie die Vollführung eines Geschäfts unmöglich macht, morbus sonticus [p]. In beiden Fällen kann die Unvollkommenheit in den geistigen, oder körperlichen Anlagen liegen. Ueber jene ist schon oben (§. 212.) das Nöthige erinnert. Was die letzte betrifft, so kommt hier besonders nur die Unfähigkeit sich fortzupflanzen in Betracht. Diese kann nicht blofs bey dem männlichen Geschlechte stattfinden, sondern auch bey dem weiblichen (z. B. arctitudo absoluta). Ist ein Mann zeugungsunfähig, so heifst er im Allgemeinen Spado. Im engeren Verstande unterscheidet man aber von Spadonen die Ca-

C. de impub. et alior. substit. (6. 26.) Hombergk D. de bonis adventit. §. 11 — 13.

[l] pr. I. quib. mod. tut. finit. (1. 22.).

[m] L. 18. pr. §. 4. C. de iure delib. (6. 30.).

[n] L. 14. ad SCt. Silan. (29. 5.) L. 13. §. 1. de dolo mal. (4. 3.) L. 111. pr. de R. I. (50. 17.) §. 10. I. de inutil. stipulat (3. 20.) Kleinschrodt Grundw. des peinl. R. 1. Th. §. 85.

[o] §. 4. I. de adopt. (1. 11.) L. 40. §. 1. eod. (1. 7.) L. 14. §. 1. de aliment. legat. (34. 1.).

[p] L. 101. §. 2. L. 113. de V. S. (50. 16.).

straten, d. h. die, denen durch Ausschneiden die Zeugungstheile genommen sind, und dann begreift der Ausdruck spado alle andern Unvermögenden, sie mögen es auf immer seyn, oder nicht, und im ersten Fall durch äuſsere Zufälle und Verletzungen die Zeugungsfähigkeit verloren haben (thlibiae, thlasiae), oder unvermögend geboren, oder durch Krankheit geworden seyn [q].

§. 233.

4) der Verwandtschaft.

Besonders wichtig sind die verwandtschaftlichen Verhältnisse. Im Allgemeinen heiſst Verwandter oder Blutsfreund (cognatus) ein jeder, welcher mit einem Andern durch Einheit des Bluts verbunden ist [r]. Wird die Einheit des Blutes bloſs durch Zeugung im engeren Sinn, d. h. durch Männer begründet, so heiſsen die Verwandten Agnaten (Schwertmagen), beruht sie hingegen in einiger Hinsicht auf dem Geborenseyn von einem Weibe, so heiſsen die Verwandten insofern Cognaten (Spilmagen), wenn aber beides eintrit, Agnaten und Cognaten zugleich [s].

§. 234.

Arten der Verwandtschaft.

Wahre Verwandtschaft erfodert Einheit des Bluts. Es gibt jedoch Fälle, da die bürgerlichen Gesetze gewisse Personen, welche keine wahre Verwandte sind, eben so behandeln, als ob sie es wären. Wenn nämlich ein Mann Jemand vollkommen an Kindes Statt annimt, so wird dieser, solange dieſs Verhältniſs dauert, als Agnat (im gleich folgenden Sinn der Römer) der Agnaten seines Adoptiv-Vaters angesehen [t], und eben so bewirken die Taufe und Firmelung bey den Katholiken, nicht aber bey den Protestanten [u], eine sogenannte geistliche Verwandtschaft

[q] L. 128. de V. S. (50. 16.) L. 6. §. ult. L. 7. de aedil. edict. (21. 1.) L. 39. §. ult. de iure dot. (23. 3.) I. P. Slevogt de spadonibus. Ien. 1690. Merill Obs. L. 1. c. 25. Kirchmaier op. de latinitat. vet. ICtor. Ed. Madihn p. 242—44.

[r] pr. I. de grad. cogn. (3. 6.) L. 1. pr. L. 4. §. 1. 2. de grad. et affin. (38. 10.).

[s] pr. I. de legit. agn. succ. (3. 2.) pr. I. de SCto Tert. (3. 3.) pr. I. de SCto Orphit. (3. 4.) L. 10. §. 1. 2. 3. de grad. et affin. (38. 10.).

[t] L. 4. §. 2. l. c. L. 23. de adopt. (1. 7.) L. 2. §. 3. de suis et legit. (38. 16.).

[u] Brouwer de iure connub. L. 2. c. 8.

(cognatio spiritualis) [x]. Die Verwandten sind hienach theils bürgerliche, theils natürliche. Ist die Verwandtschaft der letzten aus keiner nach den Gesetzen rechtsbeständigen Ehe entstanden, so heifsen sie natürliche Verwandte im engeren Sinn; im entgegengesetzten Fall natürliche und bürgerliche zugleich. In beiden Fällen können die Verwandten Agnaten, oder Cognaten, oder beides zugleich seyn. Der Römer bezieht jedoch die Ausdrücke agnatio und cognatio naturalis et civilis nur auf die verwandtschaftlichen Verhältnisse, welche bürgerliche Privilegien zur Folge haben. In diesem Sinn sind denn weder eheliche Cognaten, noch uneheliche Agnaten nach der Terminologie der Römer agnati oder cognati civiles, vielmehr blofs eheliche Agnaten, welche dann agnati et cognati simul genannt werden [y]. Ein Inbegriff von Agnaten in diesem Sinn wird familia genannt. In engerem Verstande aber versteht man unter familia den Inbegriff von Personen, welche der Gewalt eines Hausvaters unterworfen sind [z].

§. 235.

Grade, Linien.

Eine Mehrheit durch ein gemeinschaftliches Haupt vereinigter Verwandten wird ein Stamm genannt, und das aus der Mehrheit der Zeugungen oder Geburten unter ihnen entstandene Verhältnifs Grad der Verwandtschaft. Eine ununterbrochen auf einander folgende Reihe von Verwandten heifst eine Linie, und diese ist denn, je nachdem von den jüngeren zu den älteren hinauf, oder von diesen zu jenen heruntergezählt wird, die aufsteigende (ascendens) und herabsteigende (descendens), so wie die Verwandten nach diesen Rücksichten Ascendenten, oder Descendenten sind. Vereinigen sich mehrere Linien in Einer Person, so nennt man die eine im Verhältnifs zur andern eine Seitenlinie (linea obliqua), und die Verwandten Seitenverwandten (collaterales) [a]. Eine

[x] C. 1. c. 30. qu. 3. 4. cap. 1. 6. 7. X. de cognat. spirit. (4. 11) cap. 1. 2. 3. eod. in 6. (4. 3.). Collat. Leg. Rom. et Mosaicar. Tit. 16. §. 3. Püttmann interp. et observat. cap. 10.

[y] L. 4. §. 2. L. 10. §. 4. de grad. et affin. (38. 10.) §. 3. I. de legit. agnat. tutel. (1. 15.).

[z] L. 195. de V. S. (50. 16.).

[a] L. 9. de grad. et affin. (38. 10.) pr. I. de grad. cognat. (3. 6.).

Linie an sich betrachtet, wird dann im Gegensatz davon durch den Ausdruck grade Linie (l. recta) bezeichnet. Ist in Seitenlinien die Zahl der Personen dieselbe, so werden sie gleiche (aequales), sonst ungleiche (inaequales) genannt. Insbesondere bezeichnet man noch bey Seitenlinien das Verhältnifs, wenn die Person der einen Linie unmittelbar unter dem gemeinschaftlichen Stammvater steht, eine Person der andern Linie aber entfernter von demselben, durch den Ausdruck: respectus parentelae [b]. Uebrigens können nicht blofs in der Seiten-, sondern auch in der graden Linie Agnationsverhältnisse gedacht werden [c].

§. 236.

Halbe, ganze, mehrfache Verwandte.

Sind Seitenverwandten nur entweder Agnaten, oder nur allein Cognaten, so nennt man sie halbbürtige, und ihre Verwandtschaft eine halbe (unilateralis); und zwar Geschwister, welche Einen Vater haben, consanguineos, die, welche Eine Mutter haben, uterinos. Sind hingegen Seitenverwandte durch einen gemeinschaftlichen Vater, und eine gemeinschaftliche Mutter verwandt, so heifst ihre Verwandtschaft eine volle (bilateralis). Geschwister dieser Art nennt man vollbürtige (germanos) [d]. Mit dieser vollen Verwandtschaft der Seitenverwandten ist die mehrfache Verwandtschaft (cognatio multiplex) nicht zu vermengen, welche dann stattfindet, wenn Jemand mit einer Person durch zwey, drey, und mehrere Linien verwandt ist (cognati duplices, triplices u. s. w.) [e].

[b] §. 5. I. de nupt. (1. 10.). Cuiac Obs. L. 9. c. 18. F. Schnaderbach de respectu parentelae. Hal. 1723.

[c] pr. I. de legit. agn. succ. (3. 2.) L. 10. §. 6. de grad. et affin. (38. 10.) Püttmann int. et obs. c. 10. A. M. ist D'Arnaud coni. L. 1. c. 6.

[d] Caii Inst. L. 2. T. 8. §. 3. Collat. LL. Mosaic. Tit. 16. §. 3. Theophili paraphras. L. 3. T. 2. §. 1. L. 27. C. de inoff. test. (3. 28.) L. 21. C. de excus. tutor. (5. 62.). Rutgers var. lect. L. 1. c. 9.

[e] Koch successio ab intest. auct. III. nebst dem Anhange: Grundlinien einer neuen Theorie von der Succession mehrfacher Verwandten. H. I. Klüpfel über die Vielfachheit der Verwandtschaft. Stutt 1793. Weisser v. Berech. d. Verwandtsch. §. 21. fgg.

§. 237.

Fort-setzung.

Die Berechnung der Grade [*f*] ist nach Römischem und Kanonischem Recht, wenn von De- und Ascendenten die Rede ist, vollkommen gleich, nämlich: so viel Zeugungen, so viel Grade. In der Seitenlinie behält das Römische Recht dieselbe Regel bey [*g*]. Das Kanonische dagegen, welches mehrere von Einer Person gezeugte oder geborne Personen insofern für Ein Blut hält, stellt die Regel auf: in eben dem Grade, in welchem die Person der einen Linie, und zwar bey ungleichen Linien die entferntere Person, dem gemeinschaftlichen Stammvater verwandt ist, in eben dem Grade ist sie der Person der andern Linie verwandt [*h*].

§. 238.

Fort-setzung.

Eine Art der Verwandtschaft, wenigstens nach Begriffen des Kanonischen Rechts, ist die Schwägerschaft (affinitas) [*i*]. Der Römer versteht darunter das Verhältniſs eines rechtmäſsigen Ehegatten zu den Blutsfreunden des andern während stehender Ehe [*k*]. Das Kanonische Recht hingegen, welches bey wörtlicher Auslegung der Bibel [*l*] von dem Princip ausgeht, daſs unter Concumbenten eine Einheit des Flei-

[*f*] Ueber die Computation der Grade vergl. H. de Cocceii de computat. grad. cognationis. Heidelb. 1672. Frkf. 1712. Hannesen lucub. sel. circa doctrin. de computat. grad. Goett. 1736. I. F. E. Weisser Anleit. zur Berechn. d. Verwandschaftsgrade. Stuttg. 1781. Nettelbladt syst. doctrin. propaedeut. §. 322—346. Ueber die Geschichte der kanonischen Computation: I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. und über die verschiedenen Arten, ein Schema zu entwerfen: Gothofredi corp. grammaticor. p. 1858 fgg. Hommel oblectam. iur. feud. Obs. 15. §. 2.

[*g*] §. 7. I. de grad. cognat. (3. 6.) L. 10. §. 9. 13. eod. (38. 10.).

[*h*] c. 2. C. 35. q. 5. cap. ult. X. de consanguin. et affin. (4. 14.). Vergl. mit I. C. Koch de nova in comput. grad. canonica inventa regula. Giess. 1765. (op. iur. canon. n. 4.).

[*i*] W. A. Lauterbach D. I. II. de singulari affin. iure. Otto de vetit. affin. nupt. (in Oelrichs Thes. nov. V. 3. P. 2.). C. H. Gmelin de vero concept. affinitat. eiusque grad. et gener. Tubing. 1801.

[*k*] §. 6. 7. 9. I. de nupt. (1. 10.) L. 4. §. 3. 8. 10. de grad. et affin. (38. 10.). Gmelin l. c. §. 2. 10.

[*l*] 1. Cor. 6. C.

sches stattfinde [m], erklärt jeden, auch ohne Befruchtung vollbrachten Beyschlaf, wenigstens in Rücksicht der Eheverbote für Grund der Affinität, welche dann eben deswegen weder zu ihrer Existenz noch zu ihrer Dauer eine gültige Ehe voraussetzt [n]. Doch nehmen manche Protestanten an, dafs die Ehescheidung die Affinität aufhebe, welches sich jedoch nur von der Römischen Affinität, welche nicht unter den Begriff der Kanonischen gehört, und durch das Kanonische Recht nicht aufgehoben ist [o], d. h. von dem Fall annehmen läfst, wenn die Ehe zwar eingegangen, der Beyschlaf jedoch nicht erfolgt ist [p]. Es sind aber weder die Ehegatten, noch deren Verwandten unter einander als Schwäger zu betrachten [q].

§. 239.

Fortsetzung.

Das Kanonische Recht nimt aufserdem noch drey Gattungen der Affinität an. Die erste ist die bisher beschriebene; die zweyte, das Verhältnifs eines Concumbenten zu den Schwägern der ersten Gattung des andern Concumbenten; die dritte, das Verhältnifs eines Concumbenten zu den Schwägern der zweyten Gattung des andern; doch beziehen sich die beiden letzten nur auf die Eheverbote [r]. Uebrigens berechnet man uneigentlich das Verhältnifs zwischen Schwägern aller Gattungen auch nach auf- und absteigenden Linien und Graden, und zwar nach der Regel: in eben dem Grade (nach Römischer, oder Kanonischer Computation), in welchem ein Blutsfreund dem andern verwandt ist, in eben dem Grade ist der Concumbent jenes ein Schwager dieses [s].

[m] cap. 5. X. de bigam. non ord. (1. 21.) c. 18. C. 27. qu. 2. cap. 3. x. de spons. (4. 1.) Gmelin l. c. §. 7. 12.

[n] c. 7. 14. 15. 21. C. 35. q. 2. cap. 10. X. de eo qui cogn. cons. uxor. (4. 13.).

[o] Denn der Satz: die blofse Ehe wirkt Affinität, wird im Kan. Recht nicht aufgehoben, vielmehr noch anerkannt. cap. 3. x. de sponsal. (4. 1.).

[p] Gmelin l. c. §. 11.

[q] L. 4. §. 3. de grad. et affin. (38. 10.) cap. 5. X. de consanguin. (4. 14.). Gmelin l. c. §. 9.

[r] c. ult. C. 35. q. 2. 3. cap. 8. X. de consangu. (4. 14.) Gmelin l. c. §. 19. I. H. Boehmer l. c. §. 33.

[s] L. 4. §. 5. h. t. (38. 10.) c. 12. C. 35. q. 2. 3. Gmelin l. c. §. 8. 23—26.

§. 240.

5) des moralischen Charakters. Infamie.

Auch der moralische Charakter eines Menschen ist, wiewohl nicht überhaupt, doch in gewissen Rücksichten, mit bedeutenden rechtlichen Folgen verknüpft, sofern nämlich Jemandem überhaupt eine Verdorbenheit des moralischen Charakters zur Last gelegt werden kann. Die aus dieser moralischen Verdorbenheit einer Person entspringende verächtliche Meynung andrer von derselben heifst eigentlich Infamie, wiewohl man jetzt durch diesen Ausdruck gewöhnlicher die, die Infamie veranlassende Qualität des Subjects zu bezeichnen pflegt [*t*].

§. 241.

Infamia iuris und facti.

Das Urtheil über die Existenz einer wirklichen Infamie im subjectiven Sinn hängt von dem vernünftigen Ermessen des Richters ab. Es gibt jedoch manche Fälle, in denen das Gesetz den Urheber einer (an sich schändlichen, oder nicht schändlichen) Handlung blofs als solchen für einen Niederträchtigen erklärt. Geschieht diefs, so nennt man die Infamie eine infamia iuris; die hingegen, welche in einer wirklich erwiesenen, und blofs darum als wirklich angenommenen Niederträchtigkeit besteht, infamia facti [*u*].

[*t*] Vergl. überh. M. Freher de fama et existimatione. Basil. 1591. C. Thomasii D. de existimat. fama et infam. extra rempubl. Hal. 1734. H. Bodini D. iure circa infam. Hal. 1710. I. H. C. de Selchow select. capit. doctr. de infam. Goett. 1770. H. V. Becker de dignitat. honor. existimat. Rost. 1789. H. W. v. Günderrode über die bürgerl. Ehre bey den Teutschen (in dess. W. 2. B. S. 187. fgg.). C. G. Hübner über Ehre und Ehrlosigkeit. Leipz. 1800. Vergl. mit d. Allg. Lit. Z. 1801. n. 98. C. Grolmann über Ehre und guten Namen, in dessen Magaz. für Philosophie. 1. B. n. 1. Hugo civ. Mag. 3. B. 2. St. n. 8.

[*u*] Es gibt freilich viele, welche mit Donell comm. L. 18. c. 6. Strecker de non ente civili infamia facti. Erf. 1736. C. G. Einert exerc. qua praeter unam mediatam iuris infamiam nullam existere famae speciem defenditur. Lips. 1777. die Existenz einer infamia facti leugnen; allein s. L. 42. de V. S. (50. 16.) L. 20. de his qui not. infam. (3. 2.) L. 3. pr. de testib. (22. 5.) L. 2. pr. de obsequ. par. (37. 15.) L. 25. C. ad L. Iul. de adult. (9. 9.) L. 13. C. ex quib. causs. infam. irrog. (2. 12.) L. 27. C. de inoff. test. (3. 28.) L. 2. C. de dignitat. (12. 1.). Emminghaus ad Coccеii L. 3. T. 2. qu. 9.

§. 242.

Mittelbare, unmittelbare.

Ist eine nach gesetzlicher Vorschrift infamirende Handlung von der Art, dafs ihre Existenz und Beschaffenheit offenkundig einem jeden vor Augen liegt, so trit die Infamie ein, sobald die That begangen ist; in andern Fällen hingegen verlangt das Römische Recht, dafs der Thäter der Handlung, welche die Ehrlosigkeit zur Folge hat, durch ein richterliches Urtheil förmlich überführt sey [x]. In jenem Fall nennt man die Infamia iuris inmediata, in diesem mediata [y].

§. 243.

Fortsetzung.

Die einzelnen Fälle einer mittelbaren oder unmittelbaren Infamie müssen in der Folge gelegentlich angeführt, zum Theil auch in das peinliche Recht verwiesen werden [z]. Hier ist nur die allgemeine Bemerkung wichtig, dafs nach der deutschen Praxis ohne richterliches Urtheil keine Infamie mehr angenommen wird [a], und dafs man selbst die mittelbare Infamie nur dann eintreten läfst, wenn entweder ausdrücklich darauf erkannt, oder die zugefügte Art der Bestrafung nach deutschen Begriffen infamirend ist [b]. Welche Arten der Bestrafung diese Eigenschaft haben, ist unter den Criminalisten streitig [c], und mufs es bleiben, so lange sie nicht diese widerrechtliche [d] und offenbar absurde Idee durchaus verwerfen [e].

§. 244.

Aufhören und Wirkungen derselben.

Die privatrechtlichen Wirkungen der Infamie, welche im speciellen Theil an den gehörigen Orten einzeln anzuführen sind [f], fallen weg, sobald die Infamie erlischt. Bey der

[x] L. 1. L. 4. §. 4. h. t. (3. 2.).

[y] G. L. Boehmer de querel. inoff. donat. fratr. §. 6. (in elect. T. 1.).

[z] Vergl. überh. Glücks Comment §. 378 – 80.

[a] Danz Handb. d. D. Priv. R. §. 301. Hübner S. 93.

[b] G. L. Boehmer l. c. §. 7.

[c] Quistorp Grunds. d. peinl. R. 1. Thl. §. 77. not. 1. Müller ad Leyser Obs. 172.

[d] L. 22. h. t. (3. 2.) Kleinschrodt Grundw. d. p. R. 3. Thl. §. 83.

[e] Hübner S. 113. 137.

[f] S. unten die Lehren von Zeugen, Advocaten, der actio de dolo, der querela inofficiosi testamenti, das Kanonische Recht über ehrliche Begräbnisse, und das Deutsche Recht über Gildenfähigkeit.

infamia facti geschieht diefs durch erweisliche Aenderung der moralischen Denkart; bey der infamia iuris durch Ablauf der, für sie im Urtheil bestimmten Zeit, oder durch Wiederherstellung in den Stand eines unbescholtenen Bürgers (restitutio famae) kraft landesherrlicher Gnade [g]. In Rücksicht des öffentlichen Rechts besteht die Wirkung der infamia iuris und facti darin, dafs sowohl diese als jene den Infamirten der Erlangung und Beybehaltung eines Staatsamts unfähig macht [h].

§. 245.

Levis notae macula. Unter dem Namen der levis notae macula kommt etwas der Infamie, aber freilich nur sehr entfernt ähnliches im Römischen Recht vor [i]. Es gab nämlich gewisse Personen, z. B. Schauspielerkinder und Freygelassene, welche mit Uebergehung der Geschwister in einem Testament nicht eingesetzt werden durften, und von Ehen mit Senatoren ausgeschlossen waren. Diesen wurde denn insofern eine levis notae macula zugeschrieben [k]. Es gehörten aber dahin weder uneheliche Kinder, denen, als solchen, keine Makel anklebte [l], noch auch Personen, welche ein schmutziges Gewerbe trieben [m], wiewohl das letzte doch in einigem Betracht berücksichtigt ward [n].

§. 246.

Fortsetzung. Deutsche Vorurtheile haben in den älteren Zeiten eine Menge von Personen als mit einem Schandfleck behaftet angesehen, und denselben deswegen den Eintritt in Gilden und Zünfte versagt. Jetzt gehören nur noch der Abdecker und uneheliche Kinder dahin [o]. Man nennt diefs die Deutsche levis no-

[g] A. Kaestner de fama, huius amissione et restitutione. Lips. 1730. M. H. Griebner de iure principum imperii restituendi famam. (in op. T. 1.) Schnaubert Beytr. 1. Thl. n. 9.

[h] L. 2. 12. C. de dignit. (12. 1.) L. 8. C. de Decurion. (10. 31.).

[i] I. A. Frommann de lev. not. mac. Tub. 1672. Heineccius de eod. arg. (in syllog. opusc. n. 7.).

[k] L. 44. pr. §. 5. de rit. nupt. (23. 2.) L. 27. C. de inoff. test. (3. 28.) Heineccius praefat. ad opusc. var. syllog. G. L. Boehmer l. c. §. 13.

[l] Püttmann de querel. inoff. test. fratr. atque soror. contra spurios haud competent. Lips. 1772.

[m] Heineccius Diss. cit. §. 32.

[n] L. 6. C. de dignit (12 1).

[o] Danz a. a. O. §. 310.

tae macula, sollte aber, um die gewöhnliche Verwirrung zu vermeiden, weder diesen Namen, noch den Namen infamia gebrauchen. Denn weder die Wirkungen der Römischen levis notae macula, noch der infamia iuris oder facti treffen den, welcher in jenem Sinn anrüchtig ist [p]. Uebrigens kann der Regent auch diese Deutsche Anrüchtigkeit aufheben. Geschieht diefs in Rücksicht unehelicher Kinder, so nennt man es legitimatio minus plena.

Vierter Abschnitt.

Ueber das Object der Rechte und Verbindlichkeiten.

Erste Abtheilung.

Wichtigste Arten der Handlungen.

§. 247.

Handlung, Object der Rechte.

Das vierte, was bey Rechten und Verbindlichkeiten in Betracht kommt, ist das Object derselben. Dieses ist weder eine Person, noch eine Sache, sondern kann blofs eine Handlung seyn. Nur als Object der Handlungen lassen sich die Sachen denken.

§. 248.

Eintheilung: I) mögliche, äufsere.

Nicht unmögliche, sondern allein mögliche Handlungen können der Gegenstand eines Rechts und einer Verbindlichkeit seyn [q], so wie in der Regel nur äufsere, nicht innere von den Gesetzen zum Gegenstande derselben gemacht werden. Es gibt jedoch manche Fälle, da neben dem Aeufsern auch auf das Innere Rücksicht genommen wird. Nur das läfst sich unbedingt sagen, dafs eine blofs innere Handlung juristisch als nicht vorhanden anzusehen ist [r].

[p] J. F. Plitt D. de levis notae macula sec. ius. germ. Marb. 1784. §. 29. Stein v. pflichtw. Testam. §. 26. a. E.

[q] L. 185. de R. I. (50. 17.)

[r] §. 8. I. de obl. quae ex delict. (4. 1.) vergl. mit L. 3. §. 3. ad SCt. Maced. (14. 6.)

§. 249.

II) Erlaubte, unerlaubte.

Im Verhältnifs zu dem Gesetz betrachtet, sind die Handlungen entweder erlaubte, oder unerlaubte. Die ersten bedürfen keiner weiteren Erörterung; desto wichtiger ist aber die Eintheilung der letzten in zufällige, freye nicht imputable, nachlässige, und arglistige Handlungen.

§. 250.

Eintheilung der letzten in zufällige, arglistige, nachlässige.

Zufällig (casualis) ist eine Handlung, wenn der Natur-Instinct sie bewirkt, und der Wille sie auf keine Weise abwenden kann. Eine solche Handlung wird nicht als Handlung der Person angesehen [*s*]. Frey, aber nicht imputabel ist sie, wenn der Person die Unterlassung derselben möglich, aber die Erlangung der Ueberzeugung von der Unrechtmäfsigkeit derselben unmöglich war [*t*]. Handelte eine Person wider das Gesetz, zwar nicht absichtlich, um diese That als eine widerrechtliche zu begehen, aber doch so, dafs sie die Widerrechtlichkeit derselben hätte erkennen können: so wird diefs Nachlässigkeit (culpa, negligentia,) genannt [*u*]. Die freye Uebertretung eines Gesetzes, begleitet mit dem Bewufstseyn des Verbots, heifst Arglist (dolus). Zuweilen wird auch wohl die Arglist culpa genannt [*x*]. In diesem weiten Sinn theilt man denn die letzte in culpa versutiae und culpa ignorantiae ein [*y*].

§. 251.

Arten der Culpa.

Die Nachlässigkeit kann sich auf mehrfache Art äufsern. Entweder begeht Jemand eine positive schädliche Handlung, welche er hätte unterlassen sollen (culpa im engern Sinn); oder er unterläfst eine Handlung (überhaupt oder in Modificationen),

[*s*] L. ult. in fin. de administr. tutor. (26. 7.) Meine Vers. 2. B. S. 209—214. S. auch unten §. 254.

[*t*] Z. B. L. 25. §. 2. ad SCt. Trebell. (36. 1.) S. auch unten §. 254.

[*u*] Wegen des neueren Streits über dolus und culpa vergl. Grolmann Bib. für peinl. R. 1. Th. 1. St. n. 1. 3. St. n. 3. 2. B. 1. St. n. 5. Klein Archiv 1. B. 2. St. n. 10. 2. B. 2. St. S. 216. fgg. Feuerbach Revision 1. Th. 6. Cap.

[*x*] L. 5. §. 1. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 3. depos. (16. 3.) L. 91. §. 3. de V. O. (45. 1.).

[*y*] D'Avezan contr. Lib. c. 26. (Meermann Th. T. 4.) Wehrn l. infra cit. §. 8.

welche ihm oblag (omissio diligentiae). Besteht im letzten Fall das Unterlassen darin, dafs Jemand die schädlichen Handlungen andrer nicht abwendet, so kann man diefs omissio custodiae nennen [z]. Die Römer unterschieden wirklich die custodia in diesem Sinn [a]; auch ist ihnen die obige Unterscheidung zwischen culpa und diligentia nicht ganz fremd gewesen [b]; gewöhnlich aber wird durch culpa im allgemeinen Sinne sowohl die culpa in jenem engeren Verstande, als das Entgegengesetzte der custodia und diligentia angedeutet, so wie durch die diligentia der Inbegriff aller pflichtmäfsigen positiven und negativen Handlungen [c].

§. 252.

Fortsetzung. Wird von Jemand der Fleifs gefodert, welcher überhaupt menschlichen Kräften möglich ist, so nennt man diefs jetzt diligentia in abstracto; fodert man hingegen, wie zuweilen geschieht [d], blofs den Fleifs von ihm, welchen er in seinen eignen Geschäften anzuwenden pflegt, so heifst diefs diligentia in concreto [e]. Die Gegensätze davon sind dann die culpa in abstracto und in concreto. Im Zweifel ist unter dem Ausdruck: culpa und diligentia schlechthin, die erste zu verstehen [f].

[z] Ueber d. Lehre v. d. culpa s. bes. H. Cocceii de doli, culpae et negligentiae praestat. in quolibet negotio. Heidelb. 1672. E. F. Pufendorf de culpa. Lemg. 1748. 8. C. G. Wehrn doctr. iur. explicatr. princip. et caussar. damni Lips. 1795. 8. cap. 3. 4.

[a] L. 13. §. ult. de pign. act. (13. 7.) L. 41. locat. (19. 2.) L. 31. pr. de act. emt. vend. (19. 1.). Lauterbach coll. L. 13. T. 6. §. 37. Waechtler opusc. p. 201 — 203.

[b] Vergl. z. B. den Titel: ad L. Aquil. (9. 2.) wo nur negative Handlungen verlangt werden, und wo nur der culpa erwähnt wird, mit allen Gesetzen über die Geschäfte, wo wirklich positiver Fleifs gefodert wird, z. B. L. 24. C. de usur. (4. 32.) L. 25. §. 16. famil. herc. (10. 2.) L. 17. pr. de iure dot. (23. 3.) L. 1. pr. de tutel. et rat. distr. (27. 3.).

[c] L. 68. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 6. de administr. rer. civ. (50. 8.) L. 36. de act. e. v. (19. 1.) L. 25. §. 7. locati (19. 2.) L. 3. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 1. §. 4. de O. et A. (44. 7.)

[d] z. B. §. ult. I. de societat. (3. 26.) L. 72. pro soc. (17. 2.).

[e] W. H. Brückner de culpa quae concretive talis dicitur. Ien. 1693. D. Runge legale fundament. culpae in abstr. et concret. Goetting. 1751.

[f] L. 18. pr. commod. (13. 6.) L. 13. §. 1. L. 14. de pign. act. (13. 7.) L. 31. ad Leg. Aquil. (9. 2.).

§. 253.

Grade. Betrachtet man die Nachlässigkeit im allgemeinen Sinn mit Rücksicht auf die, zur Vermeidung derselben in Thätigkeit zu setzenden Kräfte: so lassen sich nach der Natur der Sache viele Modificationen denken, und zwar bey allen Arten derselben, also auch bey der custodia und diligentia [g]. Das Römische Recht theilt aber nur die culpa in abstracto nach Graden ein, und nimt nur zwey Grade derselben an, nämlich culpa lata, oder Vernachlässigung des Fleifses minder vorsichtiger, sorgfältiger Menschen, und culpa levis, oder Vernachlässigung des Fleifses eines durchaus ordentlichen und vorsichtigen Mannes. Der Ausdruck culpa schlechthin bezeichnet alles, und es gibt keine, von der culpa levis verschiedene culpa levissima, vielmehr ist das, was viele unter dieser verstehen, mit unter der culpa levis der Römer begriffen [h]. Wohl aber läſst sich auſser der culpa in concreto noch ein höherer Fleiſs in abstracto denken. Den letzten bezeichnen die Römer oft im Gegensatz der culpa schlechthin durch den Ausdruck diligentia [i].

§. 254.

Folgen. Die Lehre von den rechtlichen Folgen der Arglist und Nachlässigkeit beruhet auf folgenden Hauptsätzen [k], welche jedoch die, in der Folge

[g] §. 3. 4. I. quib. mod. re (3. 15.) L. 16. §. 3. depos. (16. 3.) L. 1. §. 4. de O. et A. (44. 7.).

[h] Den Beweis dieser besonders von Donellus comm. L. 16. c. 7. vertheidigten Theorie enthalten aus vierfachen Gründen folgende Gesetze, nämlich: a) L. 36. de act. e. v. (19. 1.) §. 5. I. de locat. cond. (3. 25.) L. 5. §. 5. commod. (13. 6.) L. 25. §. 7. locat. (19. 2.) vergl. mit L. 23. de R. I. (50. 17.) L. 1. §. 35. deposit. (16. 3.) L. 5. §. ult. L. 18. pr. commodat. (13. 6.); ferner b) §. ult. I. quib. mod. re contr. obl. (3. 15.) L. 2. §. 1. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 28. C. locat. (4. 65.) L. 13. §. 1. de pignor. act. (13. 7.) L. 19. C. de pignor. (8. 14.); weiter c) L. 7. C. arbitr. tutel. (5. 51.) L. 22. §. 3. ad SCt. Trebell. (36. 1.) L. 20. C. de negot. gest. (2. 19.); und endlich d) L. 23. de R. I. (50. 17.) L. 108. §. 12. de legat. I. (30.) L. 17. §. 2. de praescr. verb. (19. 5.) L. 10. §. 1. commod. (13. 6.).

[i] L. 2. §. 1. L. 3. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). Davon sind auch zu verstehen L. 5. §. 2. commod. (13. 6.) vergl. mit L. 5. §. 15. eod. Ferner L. 47. §. 5. de leg. I. (30.) vergl. mit L. 22. §. 3. ad SCt. Treb. (36. 1.). Endlich L. 23. de R. I. (50. 17.) vergl. mit L. 25. §. 16. fam. herc. (10. 2.).

[k] S. überh. auſser Pufen-

gelegentlich zu bemerkenden singulairen Vorschriften nicht enthalten. I) Aufser dem Contract mufs jeder den höchsten Fleifs anwenden; doch ist er nur in dem oben bestimmten, schärferen Sinn wegen seiner culpa verantwortlich, nicht aber zur diligentia oder custodia verpflichtet, wenn nicht aus seinem vorhergehenden positiven Facto die Verbindlichkeit entsprang, die nachtheiligen Folgen desselben abzuwenden [*l*]. Behandelt er aber die Sache eines Andern in gutem Glauben als die seinige, so haftet er für kein Versehen [*m*]. II) Steht Jemand mit einem Andern in vertragsmäfsigen Verhältnissen, so ist entweder 1) etwas über den Fleifs bestimmt: dann bleibt es dabey [*n*]; doch ist ein auf die Zukunft bezogener Vertrag, welcher zu Arglist und grober Nachlässigkeit berechtigt, ungültig, gültig hingegen, wenn Foderungen wegen einer bereits begangenen Arglist erlassen wurden [*o*], selbst wenn der Remittirende (versteht sich ohne von dem Andern durch neue Arglist zur Remission inducirt zu seyn) den Betrug des Andern nicht kannte [*p*]. Ist aber 2) nichts ausgemacht, so gilt die Regel: der Contrahent mufs dolus, culpa, diligentia und custodia prästiren, jedoch der, welcher keinen Vortheil hat, nur dolus und culpa lata;

dorf, Wehrn und Coccei l. c. Prousteau recit. ad L. 23. de R. I. (Meermann Th. T. 3.) C. Thomasius de usu pract. doctr. difficill. iur. R. de culp. praest. in contr. Hal. 1705. B. H. Reinold D. ad L. 23. de R. I. (opusc. p. 303. fgg.) C. Waechtler comm. ad L. 5. §. 2. comm. et L. 23. de R. I. Viteb. 1680. (in dessen opusc. rar. ed. Trotz. Trai. ad R. 1733.) F. G. Zoller de eo quod iust. est circa praest. culpae. Lips. 1773.

[*l*] L. 13. § 2. de usufr. (7. 1.) L. 57. locat. (19. 2.) L. 8. pr. L. 27. §. 9. L. 28. §. 1. ad L. Aquil. (9. 2.) Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 3. Voet L. 9. T. 2. §. 3. So sind Coccell eod. qu. 5. und Wernher lect. c. ib. §. 5. zu berichtigen.

[*m*] L. 25. §. 11. L. 31. §. 3. de her. pet. (5. 3.) L. 8. §. 3. L. 9. §. 5. de reb. auct. iud. (42. 5.).

[*n*] L. 11. §. 1. de act. e. v. (19. 1.) L. 1. §. 10. deposit. (16. 3.).

[*o*] L. 27. §. 3. 4. de pact. (2. 14.) L. 6. §. ult. de act. e. v. (19. 1.) L. 17. pr. commod. (13. 6.) L. 36. de V. O. (45. 1.). L. 23. de R. I. (50. 17.) A. M. ist Leyser Sp. 516. Allein s. Müller ad Leyser Obs. 858.

[*p*] A. M. sind Glück Comm. §. 370. Günther princ. iur. R. §. 340. wegen L. 6. §. ult. L. 11. §. 15. de act. e. v. (19. 1.) L. 14. §. 9. de aedil. edict. (21. 1.) L. 69. §. 5. de evict. (21. 2.). Allein sie vermengen den blofs unbestimmten Vertrag über Schadensersatz, und den bestimmten über dolus.

der hingegen, welcher allen, oder mit dem andern gemeinschaftlichen Vortheil hat, culpa levis im Sinn der Römer, und den höchsten Fleifs [q]. Ausnahmen sind, a) dafs der, dem eine obligatio faciendi obliegt, eben so unbedingt den höchsten Fleifs anwenden mufs [r], als b) derjenige, welcher sich zu einem Geschäft aufdrang, er mochte nun einen Besseren verdrängen, oder nicht [s]; dagegen ist man c) in stricti iuris negotiis nur für das, denselben direct widerstreitende, und wenn man sich zur Ausübung einer ars liberalis verpflichtete, nur wegen grober Versehen verantwortlich [t]. III) Die culpa in concreto wird nur da prästirt, wo es die Gesetze namentlich fodern. Als Regel kann man hier nur angeben, dafs der, welcher die, von seinen eignen Geschäften nicht zu trennenden Geschäfte eines andern besorgt, blofs wegen der culpa in concreto verantwortlich ist [u], gewifs deswegen, weil man ihn sonst zum Fleifs in seinen eignen Angelegenheiten zwingen würde. IV) Wer nur culpa in concreto zu leisten hat, ist dennoch auf allen Fall wegen der culpa lata in abstracto verantwortlich [x], so wie jeder, von welchem nur eine geringe diligentia in abstracto gefodert wird, dennoch stets diligentia in concreto zu leisten hat [y]. V) Kann ein Contrahent entweder nur seine eignen Sachen, oder die, worauf er Fleifs zu wenden hat, gegen Beschädigung sichern: so mufs er beym Commodat die geliehenen Sachen vorziehn [z]. Daraus läfst sich aber keine Regel bilden. Höchstens kann man nur [a] behaupten,

[q] L. 5. §. 2. L. 10. §. 1. commod. (13. 6.) L. 31. in fin. locat. (19. 2.) L. 17. §. 2. praescr. verb. (19. 5.) L. 108. §. 12. de leg. I. (30.) L. 23. de R. I. (50. 17.) L. 61. §. 6. de furt. (47. 2.) §. ult. I. quib. mod. re contr. oblig. (3. 15.).

[r] L. 137. §. 3. de V. O. (45. 1.) L. 189. de V. S. (50. 16.).

[s] L. 1. §. 35. depos. (16. 3.) §. 1. I. de obl. quae quas. ex contr. (3. 28.) L. 6. §. ult. de negot. gest. (3. 5.) Glück Comm. 5. B. S. 361. 362.

[t] L. 91. pr. de V. O. (45. 1.) L. 1. si mensor. fals. mod. (11. 6.) L. 15. §. 1. de indic. (5. 1.) Pufendorf de culp. P. 4. c. 2. §. 17. Weber über nat. Verb. §. 12. fgg.

[u] L. 3. C. de negot. gest. (2. 19.) L. 18. §. 1. C. fam. herciscs. (3. 36.) L. 25. §. 16. fam. herc. (10. 2.) L. 41. de R. C. (12. 1.) L. 40. de negot. gest. (3. 5.) Vinnii qu. sel. L. 1. c. 28.

[x] L. 29. pr. L. 59. §. 1. mandat. (17. 1.).

[y] L. 32. depos. (16. 3.).

[z] L. 5. §. 4. commod. (13. 6.).

[a] zufolge cap. 2. x. deposit. (3. 16.).

dafs von dem, welcher seine eigenen Sachen erhielt, im Zweifel zu vermuthen sey, er habe auch die des andern erhalten können [b]. VI) Wer auf der einen Seite mehr Gutes stiftet, als er sollte, auf der andern aber mehr Schaden, kann beides compensiren. Wo Jemand verpflichtet ist, zu nutzen, und nicht zu schaden, da kann natürlich von keiner Compensation die Rede seyn [c]. VII) Unter dem dolo ist in der Regel, selbst bey vielen Strafen, und namentlich der Strafe der Infamie, die culpa lata mit begriffen [d]. VIII) In der Regel vertreten die Erben, wenn sie nicht besonders begünstigt sind [e], die Versehen ihres Erblassers [f].

§. 255.

Beweis der culpa.

Was insbesondere den Beweis der Nachlässigkeit betrifft, so unterscheide man: 1) es ist erwiesen, dafs Jemand eine äufserlich unerlaubte That beging: dann mufs er seine Schuldlosigkeit darthun [g]. Ist diefs 2) nicht der Fall, so ist er entweder A) in der Lage, dafs ihm schon an sich der Beweis des Zufalls obliegt [h]: dann hat er auch den Mangel der Fahrlässigkeit zu beweisen, er sey nun Kläger oder Beklagter, und im letzten Fall (durch einen unnützen Zusatz) der Nachlässigkeit beschuldigt, oder nicht [i]. Ist aber B) der Fall von andrer Art, so mufs gegen den, welcher eines Versehens beschuldigt wird, der Beweis geführt werden [k].

[b] Vergl. Donellus L. 16. c. 7. Wehrn §. 13.

[c] L. 11. de neg. gest. (3.5.) L. 23. L. 25. pro soc. (17. 2.). Ueber die Ideen andrer s. Wehrn §. 21.

[d] L. 38. §. 5. de poen. (48. 19.) L. 11. §. 4. de his qui not. infam. (3. 2.) L. 15. pr. ad L. Corn. de fals. (48. 10.) L. 1. §. 2. si is qui testam. liber (47.4.) L. 1. §. 5. de O. et A. (44. 7.). A. M. sind viele mit Höpfner Comm. §. 756. not. 4. Glück Comm. §. 323. S. auch unten §. 547.

[e] Wie die Erben der Magistrate und Vormünder L. 4. de magistr. conv. (27. 8.) L. 1. C. de hered. tut. (5. 54.).

[f] L. 35. 36. pro socio (17. 2.) L. 2. §. 2. de V. O. (45. 1.) Glück a. a. O. §. 324. b.

[g] Denn dann wird ja sogar dolus vermuthet. S. oben §. 148. a. E.

[h] S. oben §. 175. a. E.

[i] L. 9. §. 4. locati (19. 2.) L. 5. C. de pignor. act. (4. 24.) Weber v. d. Verb. zur Beweisf. VI. n. 20 — 26.

[k] L. 4. C. de edendo (2. 1.). Ueber die mancherley Ideen andrer: Wernher T. 1. P. 1. Obs. 200. Leyser Sp. 176. m.

Zweyte Abtheilung.

Ueber das Object der Handlungen, nämlich Sachen.

§. 256.

I) Ueberhaupt; was im Verkehr ist.

Der Gegenstand rechtlicher Handlungen sind Sachen, worunter man im Allgemeinen alles versteht, was kein Subject rechtlicher Verhältnisse ist [l]; jedoch für die Unterthanen überhaupt nur so weit, als sie nicht durch die Gesetze dem rechtlichen Verkehr entzogen sind. Hieher gehören alle Sachen, welche der Confiscation unterworfen sind, wenn sie ein Bürger besitzt [m], so wie bey den Römern, ursprünglich unbedingt, die, überirdischen Wesen geweiheten Sachen (res divini iuris) dahin gehörten [n]. Arten der letzten sind 1) die res sacrae, d. h. die Gott unmittelbar geweihten, und dadurch bis zur förmlichen Entweihung, oder feindlichen Occupation in der Regel der menschlichen Disposition entzogenen Sachen [o]. Was mittelbar zum Gottesdienst bestimmt ist (res ecclesiasticae) gehört zu den Arten der rerum universitatis; doch ist die Veräuſserung solcher Sachen erschwert [p]. 2) Die res religiosae, d. h. der Platz, welchen, sofern die Beerdigung oder Niedersetzung nicht auf kurze Zeit geschah [q], bis zur öffentlich gebilligten Ortsveränderung, oder feindlichen Occupation [r], der Leichnam, wenigstens, wenn die Glieder zerstreut sind, der Kopf, oder der Aschenkrug einnimt [s]. Dieser Platz kann dann nicht abgesondert veräuſsert werden [t], wohl aber ein bloſses Ehrendenk-

5. F. Alef de onere probandae culpae actori nunquam incumbente. Heidelb. 1753. (in dieb. acad. n. 20.) Quistorp Beytr. n. 14. Wehrn l. c. §. 20. G. I. F. Meister pract. Bemerk. 2. B. n. 6.

[l] L. 5. pr. L. 222. de V. S. (50. 16.).

[m] L. 4. §. 1. fam. hercisc. (10. 2.).

[n] L. 1. pr. h. t. (1. 8).

[o] §. 8. I. h. t. (2. 1.) L. 9. §. 5. h. t. (1. 8.) L. 83. §. 5. de V. O (45. 1.) Ausnahmen enthalten L. 21. C. de SS. eccl. (1. 2.) Nov. 120. c. 10.

[p] L. 17. C. eod. Nov. 7.

[q] L. 2. §. 5. L. 40. de relig. (11. 7.).

[r] L. 44. eod. L. 14. C. eod. (3. 44.).

[s] L. 2. §. 5. D. eod. — Daher auch die bloſs alternative Verpflichtung bey Beerdigungen auf fremden Boden. L. 7. pr. L. 8. §. 2. D. eod.

[t] L. 14. C. de legat. (6. 37.).

mal [u]. 3) Die res sanctae, d. h. anfangs alle, den Tutelargöttern geweihten, jetzt aber alle, unter besondern Schutz des Staats gestellten Sachen [x]. Dahin gehören auch die Stadtmauern, deren Besserung sogar, ohne höhere Erlaubniſs, Niemandem gestattet seyn soll [y]. Welche Modificationen die Lehre von diesen Sachen durch das Kanonische Recht, und die Ansichten der Protestanten erlitten hat, wird im Vortrage über das Kirchenrecht weiter ausgeführt.

§. 257.

II) Verschiedenheiten der Sachen.

Die Verschiedenheiten der Sachen können den Juristen nur insofern interessiren, als rechtliche Folgen davon abhängen; jedoch bedarf nicht jedes Ding, was etwa die Gesetze definirt haben, und worüber gesunder Verstand und Wörterbücher Aufschluſs geben können, einer Erwähnung im System, sondern nur das, was von besonderer Bedeutung ist [z]. Auch muſs hier übergangen werden, was sich im System besser gelegentlich erwähnen läſst, wie die Lehre von rebus universitatis, publicis und nullius.

§. 258.

1) Körperliche, unkörperliche;

Ihrem innern Wesen nach sind die Sachen entweder unkörperliche, wenn sie nur im Begriff existiren, oder körperliche, welche durch die Sinne erkannt werden. Zu jenen gehören dann nicht bloſs alle Dinge, welche wie z. B. Rechte, selbst als Individuen stets nur gedacht werden können, sondern auch alles im Individuo Körperliche, was aber in der Gattung, also im Begriff, den Gegenstand eines Rechts ausmacht [a].

[u] L. 6. in f. L. 7. h. t. (1. 8.) Bynkershoek Obs. L. 1. c. 5. Uryhof Obs. c. 10.

[x] L. 8. pr. L. 9. §. 3. h. t. (1. 8.).

[y] L. 8. §. 2. L. 9. §. 4. h. t. (1. 8.) vergl. auch Höpfner Comm. §. 267.

[z] Vergl. überh. E. C. Westphal Syst. des Röm. Rechts über die Arten der Sachen. Leipz. 1788. 8.

[a] Tit. I. de reb. corp. et incorp. (2. 2.) L. 1. §. 1. de rer. divis. (1. 8.) C. F. G. Meister de philosophia ICtor. Romanor. in doctr. de corporibus (opusc. n. 10.).

§. 259.

2) bewegliche, unbewegliche.

Die körperlichen Sachen sind beweglich oder unbeweglich [*b*]. Zu den letzten gehören I) von Natur alle, entweder überhaupt, oder ohne Zerstörung und Auflösung nicht von einem Ort zum andern zu bringenden Sachen [*c*], so wie alles, was mit denselben unmittelbar, oder mittelbar so zusammenhängt, daſs es nicht ohne Verletzung davon getrennt werden kann [*d*]. II) Vermöge rechtlicher Bestimmungen alle, zum beständigen Gebrauch, als Theil einer von Natur unbeweglichen Sache bestimmten [*e*], und wirklich schon zu diesem Zweck verwandten, nicht wieder in der entgegenstehenden Absicht getrennten beweglichen Sachen [*f*]. Auch werden noch in gewisser Rücksicht, besonders für die Lehre von den Cautionen, alle kostbaren, nicht auf einmal transportabeln Sachen, wie Bibliotheken und Waarenlager, den unbeweglichen gleichgesetzt [*g*]. Was nicht unter jene Rubriken gehört, ist zu den beweglichen Sachen zu zählen [*h*], welche man dann, je nachdem sie sich durch eigne Lebenskraft selbst bewegen können, oder nicht, in Moventien und Mobilien im engeren Sinn eintheilt [*i*].

[*b*] Vergl. überh. P. Voet de reb. mobil. et immobil. Ultrai. 1666. 8. L. G. Mogen de vera ac genuin. rer. mob. et immob. indole. Giess. 1760. 4. I. G. Haerlin de usu theor. pract. distinct. rer. in mob. et immob. Tüb. 1715.

[*c*] L. 18. pr. de act. E. V. (19. 1.).

[*d*] L. 80. §. 2. de contr. emt. (18. 1.) L. 9. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 17. §. 3. de act. e. v. (19. 1.) L. 12. §. 23. de instruct. vel instrum. (33. 7.).

[*e*] L. 17. pr. §. 2. 7. 8. 9. L. 13. §. 31. L. 14. 15. de act. E. V. (19. 1.) L. 40. §. 6. de contr. emt. (18. 1.) A. Kaestner de clausula: was erd - wand - band - mauer - nied - nagel - und schraubenfest ist. Lips. 1724. C. Schreiter de reb. mobil. in perpet. praedii usum destinatis. Lips. 1690. cap. 2. — Unter dieser Beschränkung gehören auch Schiffsmühlen hieher. L. 1. §. 7. de vi (43. 16.) L. 20. §. 4. quod vi aut clam (43. 24.) vergl. mit Glück Comm. §. 173. a. E.

[*f*] L. 66. §. 2. de contr. emt. (18. 1.) L. 17. §. 5. 6. 10. 11. L. 18. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) Schreiter l. c. cap. 1.

[*g*] I. A. Hellfeld de hypoth. mobil. (op. n. 8.) c. 1. §. 11. Wernher lect. c. L. 2. T. 8. §. 6.

[*h*] Hellfeld l. c. cap. I.

[*i*] L. 93. de V. S. (50. 16.).

§. 260.

Fortsetzung.

Unkörperliche Sachen, also auch Rechte, sind an sich weder beweglich, noch unbeweglich; doch kann eine allgemeine Rede es nöthig machen, sie unter die eine, oder die andere Classe zu bringen. Hier gelten dann die Regeln: 1) ein Recht, welches einer Sache adhärirt, wie z. B. eine Real-Servitut, und zuweilen Apotheken und Braugerechtigkeiten, nimt die Beschaffenheit der Hauptsache an [*k*]. Ist es aber 2) kein Zubehör einer Sache, so ist es beweglich oder unbeweglich, je nachdem der Gegenstand desselben das eine, oder das andere ist [*l*]. Es paſst jedoch die letzte Unterscheidung nur auf dingliche, nicht auf persönliche Rechte, weil man diese unbedingt zu den beweglichen zählt [*m*]. Deswegen muſs man denn auch fällig gewordene Grundzinsen [*n*], mithin auch fällig gewordene sogenannte Erbegelder [*o*] zu den beweglichen zählen, so wie die Schulden einer Gemeinheit [*p*]. Rechte, welche, wie das Pfandrecht, nur Nebentheil eines Hauptrechtes sind, richten sich nach der Natur des letzten [*q*]. Ist der Gegenstand eines dinglichen Rechts theils beweglich, theils unbeweglich, so muſs es getheilt werden [*r*].

§. 261.

3) fungibiles, non fungibiles;

Eine gleichfalls wichtige Eintheilung der Sachen ist die, in fungibiles und non fungibiles, oder, wie man sie jetzt unrichtig [*s*] nennt, in verbrauchbare, und unverbrauchbare. Unter jenen versteht man alle Sachen, wobey es in der Regel völlig einerley ist, ob man grade diese Species, oder eine andre von derselben Gattung hat; unter diesen alle, wobey dieſs nicht stattfindet. Zu den ersten sind nach den Gesetzen im Zweifel alle

[*k*] L. 47. de contr. emt. (18. 1.).

[*l*] L. 3. §. 15. de vi et vi arm. (43. 16.).

[*m*] P. Voet l. c. cap. 8. §. 6. Leyser Sp. 26. m. 2.

[*n*] P. Voet l. c. cap. 9.

[*o*] C. F. Walch de privil. pecun. hered. §. 14.

[*p*] Voet Comm. ad P. L. 1. T. 8. §. 28.

[*q*] Müller ad Leyser Obs. 115.

[*r*] Voet Comm. l. c. §. 19.

[*s*] Wer z. B. ein Pfund Muscheln oder Schmelz zum Putz kauft, kauft eine res fungibilis, aber keine verzehrbare Sache.

Sachen zu zählen, welche im Handel und Wandel nach Zahl, Maafs, oder Gewicht veräufsert zu werden pflegen [t].

§. 262.

4) einfache, zusammengesetzte;

Besteht eine Sache aus mehreren, durch physische Cohärenz mit einander verschmolzenen Theilen, so wird sie eine einfache (singularis), im entgegengesetzten Fall eine zusammengesetzte (universalis) genannt [u]. Sind im letzten Fall die mehreren Theile physisch verbunden, so nennt man sie res connexa, werden sie hingegen nur im Begriff als Ganzes vereinigt gedacht, universitas rerum. Besteht eine solche universitas rerum aus dem activen und passiven Vermögen einer Person, und ist auf diese Art durch die Gesetze selbst die Vereinigung eines Mannigfaltigen zu einer Einheit geschehen: so nennt man sie universitas iuris; besteht sie hingegen aus andern, willkührlich vereinigt gedachten speciellen Dingen, wie Bibliotheken, Heerden, u. dergl., so heifst sie bey den Neueren universitas facti s. hominis, daher auch die Eintheilung der Klagen in generelle und specielle [x]. Bey der universitas iuris findet die merkwürdige Regel statt, dafs der Besitzer derselben, wenn er zur Herausgabe des Ganzen verpflichtet ist, alles, für die universitas angeschaffte, oder eingehobene dem, welchem sie zufällt, mit herausgeben mufs [y]. Bey einzelnen Sachen findet, obgleich sonst Surrogate an die Stelle des Dinges treten, dem sie surrogirt sind, und dessen Natur annehmen [z], diese Regel nicht statt [a]; doch kann der, welcher durch eine fremde Sache bereichert ward, auf soviel, als er

[t] L. 2. §. 1. de R. C. (12. 1.) I. Gothofredi D. de functione et aequalitate in mutuo, in opusc. Lugd. B. 1733. p. 517. fgg. Bynkershoek Obs. L. 1. c. 10. Cocceii I. C. L. 12. T. 1. qu. 14. 15. A. F. Schott de rebus quae functionem recipiunt. Lips. 1767. (opusc. p. 212.).

[u] Die Veranlassung zu den folgenden Eintheilungen gaben L. 23. §. 5. de R. V. (6. 1.) L. 30. de A. l. A. P. (41. 2.) L. 30. de usurp. (41. 3.).

[x] Glück Comm. §. 276.

[y] L. 20. §. 1. 2. 10. L. 22. de hered. pet (5. 3.) Heineccii opusc. posth. p. 499. fgg. Branchu Obs. Dec. 1. cap. 6.

[z] I. V. Bechmann de surrogatione. Ien. 1674.

[a] L. 6. C. de R. V. (3. 32.) I. a Schultzen Szulecki de pretio succedente in loc. rei

sich noch dadurch bereichert befindet, belangt werden [b].

§. 263.

5) theilbare, untheilbare; In einer andern Rücksicht sind die Sachen theilbare (dividuae), oder untheilbare (individuae) [c]. Jenes findet statt, nach der Natur der Sache, wenn die Sache ohne Zerstörung in Theile zerlegt werden kann, und wenigstens im juristischen Sinn, wenn mehreren intellectuelle Theile an derselben zustehen können; dieses hingegen entweder, wenn die Theilung eine Zerstörung mit sich führt, wie bey beweglichen körperlichen Sachen, den Real-Servituten, und der Freyheit, oder wenn, wie bey manchen Aemtern, die rechtliche Concurrenz mehrerer ausgeschlossen ist [d].

§. 264.

6) selbstständige und Nebensachen. Zu den letzten gehören: In Verhältnifs zu einander betrachtet, sind die Sachen entweder selbstständige (principales), welche sich nicht als Theil auf eine andere beziehen, oder solche, welche sich als Nebentheil (accessio, caussa, caussa externa) zu einer andern verhalten. Zu den letzten sind zu zählen alle Zubehörungen, alle Verwendungen zum Behuf einer Sache, alle Früchte, so wie Schadensersatz und Interesse [e]. In Rücksicht solcher Nebentheile ist hier die, freilich hin und wieder Ausnahmen leidende, wichtige Regel zu bemerken, dafs der, welcher auf Herausgabe einer selbstständigen Sache mit ihren Nebentheilen belangt werden konnte, wegen der letzten nicht weiter in Anspruch genommen werden darf, wenn die Haupt-Klage erloschen ist [f], und

singularis. Frkf. ad V. 1701. Erl. gel. Anz. v. 1749. n. 24.

[b] L. 23. §. 5. de R. V. (6. 1.) L. 23. de R. C. (12. 1.) Höpfner Comm. §. 278. not. 6.

[c] A. Hoffmann de iur. rer. individ. 1701. Lynker de iure rer. individ. Hal. 1702. Hotomann quaest. illustr. c. 18. fgg. Vinnii qu. sel. L. 1. c. 28.

[d] L. 8. de R. V. (6. 1.) L. 25. §. 1. de V. S. (50. 16.) L. 17. de servit. (8. 1.) L. 42. 43. de hered. instit. (28. 5.) L. 5. §. 15. commod. (13. 6.) L. 54. de V. O. (45. 1.) L. 29. de solutt. (46. 3.).

[e] Tit. D. de usuris, et fructibus, et caussis, et omnibus accessionibus (22. 1.) L. 20. de R. V. (6. 1.) L. 31. de R. C. (12. 1.).

[f] L. 3. C. de fruct. et lit. expens. (7. 51.) L. 13. C. de usur.

seine Verpflichtung, Nebentheile zu restituiren, nicht auf einer besondern Arglist beruht [g].

§. 265.

A) Pertinenzen.

Zubehörungen (pertinentiae) sind alle Nebentheile, welche, auch ohne dafs nichts darüber bestimmt ist, dem zufallen, welcher eine andere Sache erhält. Es gehören dahin 1) alle Gerechtigkeiten, wie es in dem Begriff derselben liegt, welche jedem Besitzer einer Sache als solchem beygelegt sind. 2) Alle Sachen, welche nach dem Obigen zwar nicht an sich, aber doch im juristischen Sinn als unbewegliche zu betrachten sind im Verhältnifs zu den wirklich unbeweglichen, und sodann natürlich analogisch alles, was zu beweglichen Sachen und Pertinenzen in gleichem Verhältnifs steht [h]. Dafs das, was nicht als Theil zur Vollendung einer Sache gehört, aber doch von dem bisherigen Besitzer dazu bestimmt ist, stets bey derselben zu bleiben, gleichfalls Pertinenz sey, läfst sich nicht erweisen, wohl aber 3) dafs verbindliche testamentarische oder gesetzliche Vorschriften jede Sache zur Pertinenz erheben können [i]. Für die Pertinenzeigenschaft streitet natürlich eben so wenig die Vermuthung [k], als für die absolute Unzertrennlichkeit von der Hauptsache [l].

§. 266.

B) Verwendungen.

Verwendungen sind von doppelter Art, theils solche, welche in eine Sache verwandt (impensae), theils solche, welche blofs zum Zweck derselben, nicht auf sie selbst gemacht werden

(4. 32.) L. 49. §. 1. de act. emt. vend. (19. 1.) Leyser Sp. 99. m. 8. Carpzov L. 2. resp. 79. m. 18. I. C. Bellmann de effectu sententiae ad omissa in restitutt. fructuum, expensarum et usurarum. Goett. 1751. Köchy Meditat. 1. Samml. n. 24.

[g] L. 61. §. 3. de furtis (47. 2.) Glück Comm. §. 331. a. E.

[h] L. 49. de contr. emt. (18. 1.) L. 44. de evict. (21. 2.) L. 12. §. 6. de instructo (33. 7.) Berger oecon. L. 2. Th. 2. n. 7.

[i] I. H. Berger de iur. pertinentiar. Vit. 1687. C. F. Hommel Pertinenz und Erbsonder. Register. Leipz. 1773. 1788. u. 1794. E. C. Westphal v. den Pertinenz-St. eines verk. Hauses. Hal. Anz. 1774. V. I. Beselin theor. gen. de pertinent. Goett. 1782.

[k] S. Stryk de probat. pertinentiarum. Frkf. ad V. 1688. in Diss. Vol. 4. n. 3.

[l] Leyser spec. 100. 101.

(expensae) [*m*]. In ihren Folgen können sie vortheilhaft seyn, oder nicht, und zwar im ersten Fall nothwendige, wenn sie zur Erhaltung der Sache dienen [*n*], nützliche, wenn sie den gewöhnlichen reellen Ertrag [*o*], und zierende (voluptuariae, oder wollüstige, falls man diesen Ausdruck besser hält), wenn sie bloſs die Annehmlichkeit der Sache erhöhen [*p*]. Nach Umständen können die letzten auch in die zweyte Classe gehören [*q*].

§. 267.

C) Früchte.

Unter einer Frucht (fructus) im eigentlichen Sinn versteht man alles dasjenige, was aus einer Sache im strengsten Sinn durch die Kräfte derselben erzeugt ist, es mag nun das gewöhnliche Product derselben seyn (fructus ordinarius), oder nicht (fructus extraordinarius) [*r*]. Was nicht aus einer Sache erzeugt ist, wie der Schatz, oder nicht aus einer Sache im engsten Sinn, wie ein Sklavenkind, gehört nicht unter die Rubrik der Früchte [*s*].

§. 268.

Fortsetzung.

Kommen Früchte durch sich selbst hervor, ohne daſs es zu ihrer Erzeugung eines menschlichen Kunstfleiſses bedarf, so heiſsen sie bloſs natürliche (mere naturales), im entgegengesetzten Fall werden sie künstliche (industriales) genannt [*t*]. So lange eine Frucht in beiden Fällen noch nicht von der Hauptsache getrennt ist, heiſst sie eine hängende (pendens) [*u*]. Die abgesonderten theilt man wieder in

[*m*] I. G. a. Saavedra de expens. et meliorat. Marb. 1601.

[*n*] L. 1. §. 1. L. 14. pr. de imp. in rem dot. (25. 1.) L. 79. pr. de V. S. (50. 16.).

[*o*] L. 14. §. 1. de imp. in rem dot. (25. 1.) L. 79. §. 1. de V. S. (50. 16.).

[*p*] L. 79. §. 2. de V. S. (50. 16.) L. 7. pr. L. 14. §. 2. de imp. in rem dot. (25. 1.).

[*q*] L. 28. L. 29. L. 38. de R. V. (6. 1.).

[*r*] L. 77. de V. S. (50. 16.) S. überh. M. Lugnez de fructib. Lugd. 1702. F. Gallus de fruct. Genev. 1721. Wolffradt D. (praes. G. L. Boehmer) sistens theor. general. de acquis. fruct. Goett. 1783. Sect. 1.

[*s*] §. 33. I. de rer. div. (2. 1.) L. 7. §. 12. solut. matrim. (24. 3.) L. 28. §. 1. de usuris (22. 1.) Bynkershoek Obs. L. 5. c. 7.

[*t*] L. 45. de usur. (22. 1.) L. 48. pr. de A. R. D. (41. 1.).

[*u*] L. 44. de R. V. (6. 1.) L. 27. pr. de usufr. (7. 1.).

getrennte (separatos) und gesammelte (perceptos). Unter den letzten versteht man die, welche schon durch irgend ein Factum in die Gewalt dessen gekommen sind, welcher sie erwerben soll; unter jenen alle, welche ohne diefs getrennt sind [x]; doch wird bey den Früchten, welche, wie z. B. junge Thiere, nicht durch Menschenhände getrennt zu werden pflegen, das blofse Getrenntseyn dem Einsammeln gleichgesetzt [y]. Befinden sich gesammelte Früchte noch im Besitz des Einsammlers, so heifsen sie vorhandene (exstantes), wenn sie hingegen von ihm verbraucht oder weggegeben sind, verzehrte (consumti) [z]. Hat der Besitzer einer Sache keine Früchte gezogen, welche der, dem die Sache gehört, oder welche er selbst hätte ziehen können, so nennt man diefs vernachlässigte Früchte (percipiendos) [a].

§. 269.

Fortsetzung.

Was nicht aus einer Sache erzeugt ist, sondern was man für den, einem andern gestatteten Genufs einer Sache, oder dafür, dafs man durch denselben des Genusses einer Sache beraubt ist, erhält, kann eigentlich keine Frucht genannt werden; doch stellt man solche Vortheile juristisch den Früchten gleich, und unterscheidet sie dann von diesen, welche man bey diesem Gegensatz natürliche (naturales) nennt, durch den Ausdruck bürgerliche Früchte (civiles) [b]. Auf solche bürgerliche Früchte passen die im vorigen §. aufgestellten Eintheilungen nicht; doch hat man es als Regel angenommen, dafs, wenn Jemand gegen Entrichtung bürgerlicher Früchte natürliche geniefst, jene in Rücksicht dessen, welcher sie empfangen soll, als percepti anzusehen sind, sobald der Inhaber der Sache die natürlichen wirklich percipirt hat [c].

[x] L. 78. de R. V. (6. 1.) L. 13. quib. mod. usufr. amit. (7. 4.) L. 12. §. 5. de usufr. (7. 1.) L. 48. pr. de A. R. D. (41. 1.) Perennonius animadv. L. 1. c. 5. (Otto Thes. T. 1. p. 597. fgg.).

[y] L. 28. pr. de usur. (22. 1.) Cocceii I. C. L. 7. T. 1. qu. 9.

[z] L. 22. §. 2. de pignor. act. (13. 7.) L. 11. §. ult. L. 14. L. 19. §. 1. de R. C. (12. 1.) L. 22. C. de R. V. (3. 32.).

[a] L. 33. L. 62. §. 1. de R. V. (6. 1.) §. 2. I. de offic. iud. (4. 17.) Weber in d. Not. zu Höpfner §. 333. not. *.

[b] L. 62. pr. de R. V. (6. 1.) L. 34. de usuris (22. 1.) L. 121. de V. S. (50. 16.).

[c] L. 26. L. 58. pr. de usufr. (7. 1.) Voet Comm. L. 7. T. 1. §. 30. L. 18. Tit. 7. §. 9.

§. 270.

Fortsetzung. Zu den bürgerlichen Früchten gehören besonders Pacht- und Miethgelder, und Zinsen. Ueber die ersten ist hier nichts zu erinnern: sehr wichtig ist dagegen die Lehre von den Zinsen; doch läfst sich diese nicht eher deutlich machen, als bis die folgenden Grundsätze über Schadensersatz und Interesse entwickelt sind.

§. 271.

D) Schadensersatz, und Schaden (damnum) überhaupt heifst die Verringerung des Vermögens einer Person [d]. Wird das gegenwärtige Vermögen derselben verringert, so nennt man ihn einen positiven Schaden (d. emergens, positivum); einen negativen (d. negativum, lucrum interceptum, s. cessans) hingegen, wenn der Person die Erlangung eines Gewinns unmöglich gemacht wird [e].

§. 272.

Interesse. Interesse im weitesten Sinn heifst alles, was Jemand angenehm ist [f]; im gewöhnlichen Sinn aber begreift es den ganzen positiven und negativen Schaden [g], wiewohl die Römer zuweilen auch nur das dadurch bezeichnen, was Jemand aufser dem Werth der Hauptsache (vera rei aestimatio) fodern kann [h], oder gar nur den positiven Schaden [i].

[d] Ueber die Lehre vom Schadensersatz und Interesse S. bes. I. M. Magnus de eo quod interest. (Meermann Thes. T. 3. p. 294.) G. de Gast C. in Tit. C. de sentent. quae pro eo quod interest. (Meermann Thes. T. 6. p. 762.) G. Castiani de eo quod interest (Meermann T. 7.) H. Donellus ad leg. Justiniani de sent. quae pro eo quod interest profer. s. liber de eo quod interest. 1596. auch in dess. Comm. L. 26. G. Masii tr. de rei debitae aestimat. Lovan. 1653. C. Vallii lib. sing. ad L. un. C. de sent. quae pro eo quod interest (Otto Th. T. 1.) N. C. Lynker de eo quod interest. Ien. 1691. P. W. Schmidt de lucro cessante et damno emergente. Ien. 1763. Wehrn doctr. explicatrix principior. damni etc. cap. 1. 6. J. F. Malblank obs. quaedam de eo quod interest. Tub. 1801.

[e] L. 3. de damn. inf. (39. 2.) §. 10. I. de leg. Aquil. (4. 4.) L. 2. rat. rem. haber. (46. 8.) L. 2. C. si quis aliquem testar. proh. (6. 34.) L. 2. §. 11. 12. ne quid in loco publico. (43. 8.).

[f] L. 19. ad exhib. (10. 4.).

[g] L. 21. 22. 33. ad L. Aquil. (9. 2.).

[h] L. 179. L. 193. de V. S. (50. 16.) L. 1. §. 20. de tutel. et rat. distr. (27. 3.).

[i] L. 71. §. 1. de furt. (47. 2.).

§. 273.

Arten beider. Man kann die Gröfse des Schadens und des Interesse nach einem doppelten Maafsstabe bestimmen, entweder nach der gemeinen Meynung (dem Marktpreise), oder nach den besonderen, individuellen Gefühlen (Affectionen) des Beschädigten [k]. In jenem Fall nennt man das Interesse das gemeine (commune), in diesem das besondere (singulare); doch verbinden manche mit diesen Ausdrücken andre Begriffe [l]. In der Regel können bey allen Arten der Sachen Affectionen stattfinden, selbst bey fungibilen [m], sofern sie nämlich Jemand nicht in der Gattung zu fodern hat [n].

§. 274.

Fortsetzung. In Rücksicht der bewirkenden Ursachen ist der Schaden entweder I) ein zufälliger (casualis), welcher durch unabwendliche Naturkräfte in, oder aufser dem Menschen veranlafst ward [o], oder II) ein freyer (non casuale s. liberum). Wird der letzte, durch die erlaubte Ausübung eines Rechts verursacht [p], so heifst er ein gerechter (indirectum), wenn aber 2) das Gegentheil stattfand, ein ungerechter (d. directum, s. iniuria datum). Im letzten Fall beruht entweder A) die schädliche freye Handlung weder auf Nachlässigkeit, noch Arglist; dann heifst der Schaden ein freyer unverschuldeter (d. liberum nec dolosum, nec culposum); oder B) er ist durch eines von beiden veranlafst. Ist er in diesem Fall a) lediglich und allein durch Arglist oder Nachlässigkeit bewirkt, so nennt man ihn den absolut directen Schaden (d. directum absolutum, mere culposum, mere dolosum); sind hingegen b) beide nur die entfernte Ursache und

[k] L. 33. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 54. pr. mandat. (17. 1.) L. 1. pr. de act. e. v. (19. 1.) L. 63. pr. ad L. Falc. (35. 2.) G. C. Kütemeier de rebus inaestimabilibus. Lugd. B. 1714.

[l] Vergl. Wehrn a. a. O. §. 55. §. 65. not. 12.

[m] Das Gegentheil behauptet C. Thomasius de pret. affect. in res fungib. non cadente. Hal. 1701. cap. 1. §. 25. fgg.

[n] Aufser dem, was die Natur der Sache lehrt, können aus der Regel: genus cum genere compensandum, die stärksten Beweise hiefür entlehnt werden.

[o] L. 5. §. 2. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 20. commod. (13. 6.). Averan int. L. 2. c. 26.

[p] L. 5. pr. L. 31. in f. L. 45. §. 4. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 7. §. 4. quod vi aut clam (43. 24.).

conditio sine qua non desselben [q], so wird er ein vermischter (mixtum) genannt.

§. 275.

Grundsätze. Die Lehre vom Schadensersatz und von der Leistung des Interesse reducirt sich auf folgende Hauptsätze: I) Wer überhaupt das Interesse zu leisten hat, braucht nur den Schaden zu ersetzen, welcher eine gewisse, nothwendige, und von dem andern nicht zu vermeidende Folge seiner widerrechtlichen Handlung (damnum ex re) [r], nicht aber einen Gewinn, welcher blofs möglich, und einen Schaden, welcher vermeidlich war (damnum extra rem datum) [s]. II) das Interesse darf jetzt in allen Fällen, da der Verletzte auf ein gewisses, bestimmtes Object Anspruch hat, nicht über den doppelten gemeinen Werth desselben gefodert werden [t]. Man sucht indefs häufig diese dunkle Vorschrift auf alle Weise zu chikaniren [u]. III) Die Verpflichtung zur Erstattung des Werths einer Sache entspringt aus allen freyen ungerechten, hingegen die Pflicht zur Leistung des Interesse in der Regel nur aus ungerechten freyen, schuldvollen oder arglistigen Handlungen [x]. Es braucht also Niemand für den indirecten [y], oder den, durch seine zufälligen Handlungen verursachten Schaden einzustehen [z]. IV) Der vermischte Schade ist dem absolut directen juristisch völlig gleichzusetzen [a]. V) Aus

[q] S. z. B. L. 48. §. 4. de furt. (47. 2.) L. 30. de pignor. act. (13. 7.) L. 11. §. 1. locat. (19. 2.).

[r] L. 12. L. 13. §. 2. de act. E. V. (19. 1.) L. 2. §. ult. de eo quod certo loco (13. 4.).

[s] L. 19. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 21. §. 3. de act. E. V. (19. 1.) L. 29. §. 3. ad L. Aquil. (9. 2.) Höpfner Comment. §. 968.

[t] L. un. C. de sentent. quae pro eo quod interest (7. 47.) Höpfner a. a. O. not. 8.

[u] Vergl. z. B. Wehrn l. c. §. 56. 61.

[x] L. 45. de contr. emt. (18. 1.) L. 25. §. 2. ad SCt. Treb. (36. 1.).

[y] L. 26. de damno infect. (39. 2.) L. 3. §. 7. de incend. ruin. naufr. (47. 9.) L. 9. §. 1. de condict. causs. dat. causs. non sec. (12. 4.) Vergl. jedoch mit L. 9. §. ult. L. 31. ad L. Aquil. (9. 2.).

[z] L. 5. §. 2. L. 7. §. 2. L. 30. §. 3. ad L. Aquil. (9. 2.) L. ult. in f. de administr. et peric. tutor. (26. 7.). Meine Vers. 2. B. S. 209 — 214. A. M. ist aufs neue I. F. A. Diedemann obs. iur. civ. de damno et pauperie. Lips. 1804. cap. 1.

[a] L. 15. de vi et vi arm. (43. 16.) L. 48. §. 4. de furt. (47. 2.) L. ult. de condict. furtiv. (13. 1.) L. 13. de negot. gest. (3. 5.) L. 11. §. 1. locat. (19. 2.).

einem arglistig oder culpà latà verursachten Schaden entspringt nach der gemeinen Meynung die Verbindlichkeit zur Leistung des besonderen, aus einer geringeren Schuld bloſs die Verpflichtung zur Leistung des gemeinen Interesse [*b*], wiewohl man eigentlich die Affectionen nie in Betracht ziehen [*c*], und den Unterschied bloſs darin setzen sollte, daſs, im Fall der Arglist und grober Versehen, der Beweis des (gemeinen) Interesse durch den Eid des Verletzten, sonst aber zunächst nur durch andre Beweismittel geführt werden kann [*d*]. Doch versteht es sich, daſs dem Verletzenden nach den Grundsätzen über die culpa überhaupt dieser Grad des Versehens muſs imputirt werden können. VI) Für den, durch einen Dritten verursachten Schaden haftet Niemand, es sey denn, daſs er verpflichtet und zugleich im Stande war, ihn abzuhalten, oder daſs er den Dritten auf eine schuldvolle Art dazu reizte [*e*].

§. 276.

Ueber die condictio triticiaria.

Es ist eine sehr gemeine Behauptung, daſs bey stricti iuris Geschäften das Interesse ursprünglich nicht habe gefodert werden können, daſs aber später unter dem Namen condictio triticiaria eine eigne Klage zu diesem Zweck gestattet sey [*f*]. Am wahrscheinlichsten ist aber die Meynung, daſs das: condictio triticiaria, bloſs ein Beysatz (adiectitia qualitas §. 70.) der, nicht auf eine gewisse Geldsumme, sondern einen andern Gegenstand gerichteten persönlichen Klagen war [*g*]. Uebrigens ist der

[*b*] Man beruft sich besonders auf L. 68. de R. V. (6. 1.) L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. de in litem iureiur. (12. 3.) L. 16. §. 3. de pignor. (20. 1.) L. 40. pr. de damno infect. (39. 2.) L. 54. pr. mandati (17. 1.) L. 2. C. de in lit. iureiur. Thomasius Diss. cit. cap. 3. Zum Theil andre Ideen hat Wehrn l. c. §. 64. Glück Comm. §. 333. nr. 2.

[*c*] L. 33. ad Leg. Aquil. (9. 2.) Corasius misc. cap. 6. misc. 1.

[*d*] L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. de in lit. iur. (12. 3.) L. 2. C. eod. (5. 53.).

[*e*] L. 5. §. 13. L. 19. 20. commod. (13. 6.) L. 41. locat. (19. 2.) L. 31. pr. de act. emt. (19. 1.) L. 20. commun. divid. (10. 3.) Wehrn §. 2. Voet Comm. L. 10. T. 3. §. 4.

[*f*] Ueber die verschiedenen Theorien s. Noodt Comm. L. 13. T. 3. Leyser Sp. 150. Westenberg de causs. obl. Diss. 7. c. 5. Wachendorf de cond. tritic. (in triad. Diss. Trai. 1730.). Strauch und Stryk de eod. argum.

[*g*] L. 1. de cond. trit. (13. 3.). Vergl. mit L. 12. de novat. (46. 2.). Thomasius ad Huber L. 13. T. 3. §. 1. Coc-

ganze Streit unpractisch, weil jetzt aus der Natur jedes Geschäfts auf das Interesse geklagt werden kann, und auf die Bezeichnung der Klage durch ein Kunstwort nicht mehr gesehen wird [h].

§. 277.

E) Zinsen. Unter Zinsen (usurae) versteht man dasjenige, was Jemand für den gehabten, oder den, einem andern entzogenen Gebrauch einer Quantität fungibiler Sachen nach einem allgemeinen, vertragsmäfsig oder gesetzlich bestimmten Maafsstabe in gleichen Sachen als Wiedervergeltung, oder Entschädigung zu erlegen schuldig ist [i].

§. 278.

a) Grund derselben. Hätten wir keine besonderen positiven Gesetze über die Zinsen, so würde man behaupten müssen, dafs aus eben den Gründen, welche überhaupt Verbindlichkeiten erzeugen, die Verpflichtung, Zinsen zu zahlen, entspringe, und dafs bey bedungenen Zinsen in Rücksicht des Maafses alles auf den Vertrag ankomme. Allein das Mosaische und Kanonische Recht verbieten im Ganzen, sich Zinsen zu bedingen [k]; und wenn man jetzt sich weder an jenes, noch dieses hält, sondern an die Vorschriften des Römischen Rechts, und der Reichsgesetze; so sind doch auch durch diese, sowohl in Ansehung des Ursprungs, als in Betreff der Gröfse der Zinsen mehrere singulaire Vorschriften aufgestellt, welche eine genauere Erörterung verdienen.

§. 279.

Entstehungsgründe der Zinspflicht. Die Gründe der Zinszahlung [l] sind I) alle gewöhnlichen Gründe der Verbindlichkeiten, also 1) Verträge (usurae conventionales); doch konnte man bey den Römern in ihrer Natur nach unentgeltlichen Ge-

ceii I. C. L. 13. T. 3. qu. 1. Pufendorf T. 2. Obs. 41.

[h] Cocceii l. c. qu. ult.

[i] L. 13. §. 20. de act. e. v (19. 1.) L. 3. § 4. L. 17. §. 3. h. t. (22. 1.) L. 23. 25. C. h. t. (4. 32.) S. bes. C. Salmasius de modo usurar. Lugd. Bat. 1638. I. F. Gronovius de usuris centesimis et foenor. unciar. ibid. 1671. G. Noodt de foenore et usur. (in opp. T. 1.).

[k] Vergl. I. H. Boehmer I. E. P. L. 5. Tit. 19. I. D. Michaelis de mente et ratione legis Mos. usur. prohibente. Erf. 1746.

[l] S. überhaupt A. D. Weber Vers. über das Civ. R. n. III.

schäften durch ein pactum adiectum nicht vollgültig Zinsen versprechen [m]; 2) unerlaubte Handlungen (usurae punitoriae). Aus diesem Grunde können A): stricti iuris negotia abgerechnet [n], von jedem säumigen Schuldner Zinsen (usurae morae) gefodert werden [o]; B) von jedem, welcher einem Andern widerrechtlich den Gebrauch seines Geldes entzieht [p], oder C) fremde, von ihm zu verwaltende Capitalien vernachlässigt [q], oder endlich D) fremde Gelder unbefugt zu seinem Nutzen verwendet [r]. Aufserdem entsteht 3) auch ohne Vertrag oder Verbrechen nach gemeinem Recht die Pflicht zur Zinszahlung A) aus Pollicitationen [s]; B) aus testamentarischen Dispositionen [t]; C) aus der nützlichen Geldverwendung zum Vortheil eines Andern, sofern man das Geld nicht zur Verwendung herleihet, sondern selbst verwendet [u], und endlich D) wenn man zwar nicht auf unerlaubte Art, aber doch einseitig von fremden Geldern, deren Nutzen man sich nicht zueignen darf, Zinsen zieht [x]. II) Nach singulairen Rechtsvorschriften können 1) Minderjährige bey jeder aufgeschobenen Zahlung ihres Schuldners, auch wenn demselben gar kein Verzug zur Last fällt, gewöhnliche Zinsen fodern [y]; 2) der Fiscus hat das

[m] L. 3. C. de usur. (4. 32.) Weber a. a. O. §. 4.

[n] L. 22. de donat (39. 5.) Jetzt fällt sowohl diefs, als das, worauf sich not. m. bezieht, weg. Grafs Collat. iur. R. Sect. 6. J. F. Hombergk zu Vach de usur. in contract. strict. iur. sec. rec. imp. de A. 1600. §. 139. Marb. 1730.

[o] L. 24. depos. (16. 3.) L. 32. §. 2. h. t. (22. 1.).

[p] Arg. L. 33. pr. ad L. Aquil. (9. 2.) Leyser spec. 244. m. 5.

[q] L. 19. §. 4. de neg. gest. (3. 5.) L. 7. §. 3. L. 10. L. 15. L. 58. §. 1. de admin. tutor. (26. 7.).

[r] L. 38. de neg. gest. (3. 5.) L. 28. in f. depos. (16. 3.) L. 10. §. 3. mandat. (17. 1.) L. 1. §. 1. h. t. (22. 1.) L. 7. §. 10. 12. de admin. et per. tut. (26. 7.) L. 1. C. de usur. pup. (5. 56.).

[s] L. 10. de pollic. (50. 12.).

[t] L. 3. §. 6. de ann. legat. (33. 1.).

[u] L. 2. L. 19. §. 4. de neg. gest. (3. 5.) L. 12. §. 9. mandat. (17. 1.) L. 62. §. 2. pro socio (17. 2.) L. 3. §. 1. 4. de contrar. tut. act. (27. 4.). Vergl. mit L. 10. §. 5. de in rem verso (15. 3.).

[x] L. 19. §. 4. pr. de negot. gest. (3. 5.) L. 10. §. 3. mandat. (17. 1.).

[y] L. 87. §. 1. de leg. 2. (31.) L. 3. C. in quib. causs. in int. rest. non est nec. (2. 41.) L. 5. C. de act. e. v. (4. 49.) Weber a. a. O. §. 3. Doch machen viele hier die Ausnahme: wenn der Schuldner des Minderjährigen die Schuld nicht kannte. C. F. A. Weber de

Vorrecht, dafs er auch ohne Vertrag 6 Procent fodern kann, dafs er hingegen keine Zinsen zu erlegen braucht, wenn er nicht in die Zinspflicht eines Andern als Nachfolger eintrit [z]. Ferner mufs 3) der Käufer einer, ihm vollständig, ohne Creditirung des Preises, übergebenen Sache vom Augenblick der Uebergabe bis zur Zahlung, oder gehörigen Deposition des Preises, denselben verzinsen, auch wenn ihm gar keine Schuld zur Last fällt [a]. 4) Aus der zehnjährigen Verzinsung eines an sich unstreitigen Capitals entsteht die Verpflichtung, ferner diese Zinsen zu zahlen [b]. 5) Von schuldigen Früchten einer zu restituirenden Hauptsache erlegt man dagegen, die Erbschaftsklage abgerechnet, keine Zinsen [c]. Alle diese Arten der Zinsen, mit Ausnahme der, unter I. 1. 2. erwähnten, pflegt man usuras legales zu nennen.

§. 280.

b) Maafs. Das Maafs der Zinsen kann durch Verträge, oder andre rechtliche Normen bestimmt werden. Geschieht es durch unabänderliche Gesetze, so nennt man die, welche das Maafs nicht übersteigen, gesetzmäfsige (legales, legitimas). Ist hingegen das Maafs durch Gewohnheiten oder auf andre Art, aber nur für zweifelhafte Fälle, bestimmt: so nennt man sie landesübliche. Bey vertragsmäfsigen Zinsen kann das Maafs bestimmt, oder unbestimmt ausgedrückt werden. Ist das letzte geschehen, so sind landesübliche Zinsen zu zahlen [d], so wie die versprochenen Zinsen

praerogativa minorum quoad usuras. Ien. 1784. §. 8. Müller ad Leyser Obs. 439.

[z] L. 17. §. 5. 6. h. t. (22. 1.).

[a] L. 13. §. 20. 21. de act. e. v. (19. 1.) L. 5. C. eod. (4. 49.) L. 18. §. 1. h. t. (22. 1.) L. 2. C. eod. (4. 32.) vergl. mit H. Bodinus de usuris pretii non soluti. Hal. 1703. G. W. Dinkler termin. a quo usurae pretii tardius soluti currant. Lips. 1715. Struben 4. B. 102. Bed. Pufendorf T. 3. Obs. 170. Voet L. 22. T. 1. §. 19. Müller ad Leyser Obs. 437. A. D. Weber a. a. O. §. 7.

[b] L. 6. pr. §. 1. h. t. (22. 1.) vergl. mit L. 7. C. eod. (4. 32.) L. 28. C. de pact. (2. 3.). So sind Leyser Sp. 143. m. 7. 8. und Wernher lect. comm. L 22. T. 1. §. 9. Zoller de praesumtione mutui ex solutione usurarum petenda. Lips. 1776. zu vereinigen.

[c] L. 15. h. t. (22. 1.) vergl. mit L. 51. §. 1. de hered. pet. (5. 3.) A. M. ist Wernher lect. c. L. 22. T. 1. §. 13.

[d] L. 34. de R. I. (50. 17.) Voet Comm. L. 22. T. 1. §. 8.

auch über die Zeit des Anlehns zu entrichten sind, wenn der Gläubiger dem Schuldner über die bestimmte Zeit das Capital in Händen läſst [*e*].

§. 281.

Verbotene Procente.

Die erste und wichtigste gesetzliche Beschränkung in Ansehung des Maaſses der Zinsen besteht in der Vorschrift, daſs nur gewisse Procente bedungen werden können, und daſs der, welcher aus andern Gründen Zinsen erlegen muſs, gleichfalls nicht mehr, als gewisse Procente zu zahlen braucht. Das neueste Römische Recht enthält I) in Betreff bedungener Zinsen keine unbedingte Regel, sondern die 4 besonderen Vorschriften: personae illustres können sich nur 4, Kaufleute 8, alle übrigen 6 Procent bedingen; 12 Procent sind nur erlaubt, wenn Jemand die Gefahr eines über See geliehenen Capitals (pecunia traiectitia, nauticum foenus) während der Reise, oder in andern miſslichen Lagen [*f*] übernimt, oder wenn Jemand andere fungibile Sachen, als Geld schuldig ist [*g*]. Hienach machen also 6 Procent die Regel für die Conventionalzinsen, selbst in Rücksicht des Fiscus [*h*]. II) Zur Strafe verwirkte, und andere Arten der Zinsen betragen in der Regel 6 vom Hundert [*i*]; doch kann der, welcher Zinsen zur Strafe zu fodern befugt ist, mehr erhalten, wenn er beweist, daſs sein Interesse sich höher beläuft [*k*], auch ist es ihm, da kein Gesetz im Wege steht, nach miſslungenem Beweise des Interesse noch immer unverwehrt, die gesetzlichen Zinsen zu fodern [*l*]. Nach besonderen Vorschriften des Codex, wodurch jene allgemeine Regel des Codex restringirt werden muſs [*m*],

[*e*] Arg. L. 13. §. ult. locat. (19. 2.). Carpzov P. 2. C. 30. def. 5.

[*f*] Wenigstens dehnt man die Vorschrift so aus. Stryk U. M. P. L. 22. T. 2. §. 2.

[*g*] L. 23. L. 26. §. 1. C. de usur. (4. 32.).

[*h*] L. 3. C. de fisci usur. (10. 8.).

[*i*] L. 26. §. 1. C. cit.

[*k*] L. 3. de in lit. iureiur. (12. 3.).

[*l*] Stryk cautel. contr. S. 2. c. 1. §. 26. Andrer M. ist Lauterbach coll. L. 22. T. 1. §. 25. Hofacker princ. iur. R. G. T. 3. §. 1848.

[*m*] Zufolge Nov. 158. pr. Irrig ist es daher, wenn manche mit Voet L. 22. T. 1. §. 2. durch L. 26. C. cit. alle singulairen Vorschriften als aufgehoben ansehen. J. Strauch de centes. usur. Ien. 1672. pag. 51. 52.

können ausnahmsweise 12 Procent gefodert werden 1) von dem, welcher nach 4 Monaten einem rechtskräftigen Urtheil nicht Folge leistet [n], so wie 2) von dem, welcher nicht vergütet, was ein Andrer auf eine gemeinschaftliche Sache verwandt hat [o], endlich 3) nach dem, gleichfalls nicht aufgehobenen Recht der Pandekten von jedem Verwalter fremder Geschäfte, welcher arglistig und eigenmächtig die Gelder des Andern zu seinem Nutzen verwendet [p].

§. 282.

Fortsetzung. Die Reichsgesetze enthalten als immerwährende Bestimmung bloss die Vorschrift, dass der Käufer einer jährlichen Rente, welche im Zweifel von Seiten des Käufers unablöslich seyn solle, sich für ein gegebenes Capital nicht mehr als 5 vom Hundert bedingen dürfe [q], und dass im Darlehn, den Beweis eines höheren Interesse vorbehältlich, eben so viel Verzugszinsen gegeben werden sollen [r]. Für die, im 30jährigen Kriege entstandenen Schulden ist jener Maassstab allgemein festgesetzt [s]. Dehnt man jene erste Vorschrift in Betreff jährlicher Renten nicht, wie es noch etwa am natürlichsten ist, auf alle bedungenen Zinsen durch das argumentum ab absurdo aus: so muss man die Regeln aufstellen: A) bloss bey dem Rentekauf darf man sich nur 5 Procent bedingen, in allen andern Fällen bleibt es beym Römischen Recht [t]; b) nur beym Darlehn sind die Verzugszinsen 5 vom Hundert; zur

[n] L. 2. 3. C. de usur. rei iudic. (7. 54.).

[o] L. 4. C. de aedific. privat. (8. 10.).

[p] L. 54. de admin. tutor. (26. 7.) L. 38. de negot. gest. (3. 5.). Strauch l. c. A. D. Weber a. a. O. §. 6. not. 11. Andrer M. s. Voet l. c. §. 2. I. G. Bauer de usuris sorti imputand. vel repetendis. Lips. 1760. (op. T. 1. n. 26.).

[q] Pol. O. v. 1530. T. 26. §. 8. P. O. v. 1548. T. 17. §. 8. P. O. v. 1577. T. 17. §. 9.

[r] Dep. Absch. v. 1600. §. 139.

[s] I. R. A. v. 1654. §. 174.

[t] Diese Theorie vertheidigen I. G. v. Meiern Ged. v. der Rechtmäss. d. 6ten Zinsthlr. Hannov. 1732. (ders.) Antwort auf die sogenannte Refutat. d. Meyerschen Gedanken 1734. Hufeland Beyträge 1. Hft. n. 2. Hugo Civ. Mag. 2. B. nr. VII. Danz Handb. d. D. priv. R. 2. B. §. 204—206. Andrer M. s. der Vfssr. der Refutation der Meyerschen Gedanken. Frkf. u. Leipz. 1734. Gerstlacher Handbuch d. D. Reichsges. 10. B. S. 119. Weber über die nat. Verb. §. 65. nr. 3.

Strafe bey andern Geschäften, oder aus andern Gründen zu erlegende Zinsen sind gleichfalls Justinians Bestimmungen unterworfen. Nimt man indeſs auch mit der Praxis an, daſs die Reichsgesetze 5 vom Hundert als den allgemeinen Maaſsstab für bedungene und andere Zinsen festsetzen [u]: so muſs man doch behaupten, daſs da, wo Justinian erlaubt, sich 12 oder 8 p. c. zu bedingen (bey dem nautico foenore besonders noch deswegen, weil diese 12 p. c. wegen der Gefahr des Gläubigers nicht als reine Zinsen zu betrachten sind), und wo er durch singulaire Vorschriften 12 p. c. zu geben befiehlt, eben dieſs auch noch jetzt als besonderes Recht in seiner Gültigkeit geblieben ist [x]. Viele setzen sogar noch hinzu, daſs man bey allen, auf bloſser Liberalität beruhenden Geschäften stets mehr als 6 p. c. versprechen dürfe [y].

§. 283.

Fortsetzung.

In Deutschland sind manche mit Zinsverträgen sehr ähnliche Geschäfte, z. B. die Assecuranz- und Leibrenten-Verträge, allgemein gebräuchlich geworden. Da aber das Römische Recht darüber keine Grundsätze aufstellt, und die Natur dieser Geschäfte im Deutschen Privat-Recht aus einheimischen Gewohnheiten und Statuten entwickelt wird: so ist hier nicht der Ort, weitläuftiger davon zu handeln.

§. 284.

Zinsen über das Doppelte.

Eine zweyte wichtige Einschränkung liegt in der Vorschrift, daſs aufgeschwollene Zinsen nicht über die Summe des Capitals (ultra alterum tantum) gefodert werden können [z].

[u] Danz a. a. O. S. 205.

[x] Leyser Sp. 244. m. 7. Wernher P. 6. Obs. 316. R. C. Henne de usurar. centesimar. usu hod. in casib. iur. Rom. express. Erf. 1742. Andrer M. s. Lauterbach l. c. §. 23. Hellfeld iurispr for. §. 1335. Hommel rhapsod. Obs. 718. Müller ad Leyser Obs. 438 und zum Theil Stryk U. M. P. L. 22. T. 1. §. 14. 15.

[y] Wernher lect. comm. L. 22. T. 1. §. 8. Müller l. c. Obs. 441.

[z] L. 26. §. 1. de cond. indeb. (12. 6.) L. 9. pr. h. t. (22. 1.) L. 4. §. 1. de naut. foen. (22. 2.) L. 10. C. de usur. (4. 32.) Ueberh. I. P. de Ludwig de differeht. iur. R. et G. in usuris, praesert. ultra alt. tant. Hal. 1740. I. A. Tabor de altero tant. usurar. (opp. n. 6.). I. G. Langsdorf von den usuris ultra alter. tant. Mannh. 1778.

Die späteren Gesetze, welche diefs auch auf bezahlte Zinsen erstrecken, sind, als unglossirt, in Deutschland nicht anwendbar [a]. Auch leidet jene Regel eine Ausnahme, 1) wenn Jemand Schuldner einer Stadt ist [b], und 2) nach der, freilich falschen Meynung vieler, wenn der Gläubiger im Fall des Verzuges des Schuldners beweisen kann, dafs sein Interesse sich höher, als das Doppelte belaufe [c]. Unbedingt zu verwerfen ist die, durch unsre angeblich eigenthümliche Verfassung, und die reichsgerichtliche Praxis keineswegs hinlänglich unterstützte Behauptung [d], dafs jene ganze Vorschrift jetzt wegfalle; so wie die, auf blofser widerrechtlicher Billigkeit beruhende Meynung derer, welche [e] glauben, man müsse wenigstens dann noch die Zinsen über das Doppelte laufen lassen, wenn diefs nach einem rechtskräftigen Urtheil geschehe [f], wenn der Schuldner in einem arglistigen Verzuge sey [g], wenn er mit dem Gelde des Gläubigers eine fruchttragende Sache gekauft [h], wenn er jährliche Renten (versteht sich solche, welche Zinsen sind) zu entrichten habe [i], oder wenn das Gegentheil verabredet sey. Das läfst sich freilich [k] sagen, dafs die Summe das Doppelte übersteigen kann, sofern die Zinsen, nach geschehener Zahlung und Rückzahlung, wieder Capital werden. Allein diefs ist keine Ausnahme von jener Regel.

§. 285.

Anatocismus. Die letzte wichtige Beschränkung ist das Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen (ana-

[a] L. 29. 30. C. de usur. (4. 32.) Nov. 121. 138. Pufendorf T. 1. Obs. 14. §. 4.

[b] Nov. 160.

[c] Müller l. c. Obs. 445. Allein s. I. B. Wernher de usuris per modum interesse alter. tant. non exigend. Vit. 1711.

[d] Des Müller l. c. Obs. 443.

[e] Mit Langsdorf a. a O. Cap. 1. Struben 1. B. 123. Bed. Pufendorf T. 1. Obs. 14. Wernher P. 8. Obs. 309. Mevius P. 7. Dec. 2. 3. 4.

[f] denn diefs ändert nicht die Natur des Obiecti litis L. ult. C. de usur. rei iudicatae (7. 54.) Lauterbach l. c. §. 27.

[g] denn Zinsgesetze sollen auch den Ruin des schlechten Bürgers hindern.

[h] Man frage nur: wird durch den bisherigen Genufs der Früchte der Schuldner dazu fähig, wozu man ihn verpflichten will?

[i] der häufig urgirte Grund, dafs hier doch das Capital unablöslich sey, greift juristisch nicht durch.

[k] Hellfeld iurispr. for. §. 1154.

tocismus), es mag nun bedungen seyn, dafs die Zinsen zum Capital geschlagen (anatocismus coniunctus), oder als neues besonderes Capital dem Schuldner gelassen werden sollen (anatocismus separatus). Diese Regel hat keine Ausnahme [l], und gilt selbst dann, wenn durch Vertrag ein neuer Schuldner an die Stelle des alten trit [m]. Sie ist aber dagegen nicht anzuwenden, wo wirklich keine Zinsen von Zinsen gegeben werden, also 1) nicht in dem Fall, wenn die Zinsen gezahlt sind, dadurch die Eigenschaft der Zinsen verloren haben, und (versteht sich, nicht in der Absicht das Gesetz zu chicaniren) dem Schuldner als Capital zurückgeliehen sind [n]; eben so wenig, 2) wenn ein Dritter von dem, was ein Dritter schuldig ist, Zinsen erlegen mufs [o]. Da Ein Mensch juristisch mehrere Personen vorstellen kann, so mufs man den Ausdruck: ein Dritter, nicht absolut im gemeinen Wortverstande verstehen, sondern auch z. B. von dem Vormund, welcher nicht als solcher dem Mündel Zinsen schuldig ist, von diesen Zinsen als Vormund Zinsen zahlen lassen, wenn er in der Eigenschaft des Vormundes gegen sich selbst, als Schuldner, etwas versieht [p]. Auch kann 3) jene Vorschrift auf solche Renten, welche keine wahren Zinsen sind, nicht angewandt werden [q], wohl aber gilt sie auch da, wo man sich auf sein erweisliches Interesse beruft [r].

§. 286.

Wirkung der Ueber- Den Verboten der Gesetze in Betreff des Zinswuchers kann Niemand vertragsmäfsig

[l] L. 28. C. de usur. (4. 32.) Meditat. über versch. R. M. 2. B. n. 63. Struben 5. B. 64. Bed. Eine Menge von Billigkeitsausnahmen hat Berlich P. 2. Dec. 268. Allein s. H. de Coccii de anatocismo. Sect. 5. (Exerc. T. 1. n. 87.) Franzke resol. L. 1. c. 10.

[m] Cocceii l. c. S. 2. §. 2. 14. Cramer Obs. iur. un. T. 4. Obs. 1239. Andrer M. ist Wernher P. 5. Obs. 86.

[n] Cocceii l. c. §. 3. 4.

[o] L. 7. §. 12. L. 9. §. 4. 22. de admin. tutor. (26. 7.) Mevius P. 6. Dec. 328. P. 8. Dec. 249. Struben 5. B. 56. Bed.

[p] L. Menken de tutor. et curator. ad usur. ex suo debito obligato. Lips. 1703. A. M. s. Medidationen über versch. R. M. 1. B. n. 31. C. I. H. Tuckermann de tutore ad praestandas usurar. usuras haud obligato. Goett. 1789.

[q] Viele nehmen mit Berlich l. c. n. 29. die Renten unbedingt aus.

[r] H. de Cocceii Diss. cit. Sect. 4. §. 5. A. M. ist Berlich P. 2. Concl. 38. n. 53.

tretung der Gesetze.

entsagen, selbst nicht durch einen Eid, weil dieser nach der gesetzlichen Ansicht etwas ungöttliches befördern würde [s]; auch sind alle, zum Deckmantel des Zinswuchers dienenden Geschäfte nichtig [t]. Das Vorausbezahlen der Zinsen ist, sofern es nicht einen Zinswucher enthält, als erlaubt anzusehen [u], und bewirkt nur, daſs der Gläubiger dem Schuldner das Capital so lange lassen muſs, bis die Zinsen abverdient sind [x]. Hat Jemand widerrechtliche Zinsen bezahlt, so ist so viel gewiſs, daſs, a) wenn der zahlende Schuldner das Capital noch in Händen hat, und wissentlich oder unwissentlich zu hohe Procente gibt, durch die letzten das erste im Augenblick der Zahlung ipso iure verkleinert wird [y], und b) daſs übermäſsige Zinsen, welche aus Irrthum nach, oder mit dem Capital entrichtet sind, als eine Nichtschuld zurückgefodert werden können [z]. Daſs andre wissentlich illegal gezahlte Zinsen das Capital ipso iure verringern, und daſs das, was nach Abtrag des Capitals wissentlich wider die Gesetze gegeben ist, gleichfalls zurückgefodert werden könne [a], läſst sich aus allgemeinen Gründen (§. 82.) nicht vertheidigen, sondern nur, daſs der Fiscus hier eintreten kann [b]. Besondere Ausnahmen für diese Materie haben wir aber

[s] cap. 1. de usur. in 6. (5. 5.) Pol. O. v. 1577. Tit. 17. §. 8. Cocceii l. c. S. 1. §. 20.

[t] Pol. O. v. 1577. Tit. 17. §. 8. T. I. Reinharth de usurar. pravit. tam vera et palliata, quam putativ. s. imaginar. Erf. 1727. Leyser Sp. 247. C. F. Walch de usurar. pravitate sub palliat. transact. Ien. 1773.

[u] Pufendorf T. 3. Obs. 68. Müller ad Leyser Obs. 486. G. H. Mylius de anticipat. usurar. Lips. 1734. G. I. F. Meister pract. Bemerk. 1. B. n. 2.

[x] L. 57. pr. de pact. (2. 14.) L. 2. §. 6. de dol. mal. et met. except. (44. 4.).

[y] L. 26. C. de usur. (4. 32.) A. D. Weber de usur. indeb. solut. (jetzt in dess. Vers. 1. B. n. IV.) §. 23. fgg. Andere Berechnungsarten vertheidigen Leyser Sp. 245. m. 10. I. C. Koch meditat. VIII. ad Schaumburg comp. D. Spec. comp. pand. T. de succ. ab int. exhib. adiect. Ien. 1757. Müller l. c. Obs. 440.

[z] L. 26. §. 1. 2. de condict. indeb. (12. 6.)

[a] Wie Weber a. a. O. §. 21. Cocceii l. c. Sect. 3. §. 1. mit Berufung auf L. 26. §. 1. cit. (welche aber von einer Zahlung aus Irrthum handelt. Meine Vers. 2. B. 5. Abh. n. III.) behaupten.

[b] L. 5. de calumn. (3. 6.) L. 32. §. ult. de don. int. V. et U. (24. 1.).

nicht. — Die Lehre von den öffentlichen Strafen des Zinswuchers gehört ins peinliche Recht.

§. 287.

Art der Zinszahlung.

Die Zinsen müssen, wenn nicht ausdrücklich oder stillschweigend etwas anderes darüber bestimmt ist, in einer, dem Capital gleichen Münzsorte bezahlt werden [c]. Als Nebentheil kann man sie nach Erlöschung der Hauptklage nicht weiter einfodern, ausgenommen, wenn sie durch einen selbstständigen Vertrag, wohin jetzt jeder Nebenvertrag gehört, versprochen waren [d].

§. 288.

Aufhören des Zinslaufs.

Die Verpflichtung Zinsen zu zahlen hört auf 1) durch Tilgung der Hauptschuld, und was derselben gleich ist [e]; 2) dadurch, daſs aufgeschwollene Zinsen die Gröſse des Capitals erreichen; 3) durch sogenannte purgatio morae, wenn von Verzugszinsen die Rede ist (§. 105.), so wie 4) durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Erlaſs [f]. Das letzte wird angenommen, wenn der Schuldner mehrere Jahre (wie viel? lassen die Gesetze unbestimmt) geringere Zinsen, als er schuldig war, bezahlte, in welchem Fall er auch ferner nicht mehr zu geben braucht [g]. Wird der Schuldner durch Anlegung eines Arrestes an der Zahlung gehindert, so schadet dieſs dem Gläubiger nie, wenn er nicht selbst widerrechtlich den Arrest veranlaſste, weil der Begriff des Verzugs in der bloſsen Nichterfüllung liegt, und kein Gesetz hier dem Gläubiger den Zufall zur Last gelegt hat [h].

§. 289.

F. Interusurium.

Verschieden von den Zinsen ist das sogenannte **Interusurium** oder commo-

[c] Leyser Sp. 243. m. 3. vergl. mit Müller Obs. 483.

[d] L. 26. pr. C. h. t. (4. 32.) Mevius P. 3. Dec. 420. Struben 1. B. 63. Bed. Quistorp Beytr. n. 58.

[e] L. 7. h. t. (22. 1.) L. 19. C. h. t. (4. 32.).

[f] L. 17. §. 1. de usur. (22. 1.).

[g] L. 13. pr. l. c. L. 5. 8. C. eod. (4. 32.). Meine Schrift über Bes. u. Verjähr. 2. Thl. §. 63. a. E.

[h] Ueber die verschiedenen Theorien s. Struben 4. B. 102. Bed. Pufendorf T. 3.

dum repraesentationis. Wenn nämlich der Schuldner vor der bestimmten Zeit eine unverzinsliche Schuld mit Einstimmung des Gläubigers abträgt, so kann er verlangen, dafs ihm für die, auf den Gläubiger dadurch übertragenen Vortheile ein Abzug gestattet werde [*i*]. Diese Vergütung für die frühere Zahlung (repraesentatio) heifst Interusurium. Was der Schuldner unter diesem Namen abzuziehen berechtigt sey? ist aber sehr streitig. Weder das Pinkardische [*k*] oder Carpzovsche [*l*] Princip, wonach der Schuldner sofort die gewöhnlichen Zinsen bis zum Zahlungstage abziehen kann, noch das Hofmannische [*m*], welchem zufolge er die Summe zurückhält, welche das ganze Capital ergänzen würde, wenn man die, von dem Gezahlten zu ziehenden Zinsen (interusurium simplex) dazu rechnet, läfst sich vertheidigen. Die einzig richtige ist die Leibnitzische Rechnung [*n*], wonach der Gläubiger von dem zu früh Empfangenen Zinsen von Zinsen berechnen mufs, welches offenbar als kein anatocismus betrachtet werden kann [*o*]. Manche suchen die Hofmannische und Leibnitzische Methode nach Unterschied der Fälle mit einander zu verbinden [*p*].

Obs. 170. Voet L. 22. T. 1. §. 19. Müller ad Leyser Obs. 437. A. D. Weber Versuche III. §. 7.

[*i*] L. 1. §. 10. ad Leg. Falc. (35. 2.) L. 24. §. 2. solut. matrim. (24. 3.).

[*k*] C. H. Horn de interusurio §. 13.

[*l*] Carpzov P. 3. Dec. 275.

[*m*] G. A. Hofmann app. prud. oecon. P. 1. p. 383. fgg. Von richtiger Berechn. des Interusurii. Leipz. 1735.

[*n*] G. G. Leibnitz medit. iurid. math. de interusurio, in act. erud. ann. 1683. p. 425.

[*o*] A. G. Kaestner progr. pro iustit. calculi interusur. Leibnit. Lips. 1747. Deutsches Museum 1783. 9. 10. St. Fratr. Beckmannorum tr. de interusurio. Goett. 1784. Hommel Rhaps. Obs. 306. E. A. Lieben Gedanken über d. Frh. v. Leibnitz und Hoffmanns verschiedene calculos interusurii. Dresd. 1788 C. Zimmermann über Anatocismus und Interusurium. Frkf. 1797. nr. 48 — 133.

[*p*] I. M. Schneidt Spec. arithm. ad mater. de usurio, antichresi, interusurio et redit. ann. applicat. Herbip. 1784.

Fünfter Abschnitt.

Ueber die Ausübung der Rechte, und insbesondere über den Besitz.

§. 290.

Einleitung.

Bisher ist alles erörtert worden, was zur Entwickelung des Wesens der Rechte, als gegebener Rechtsverhältnisse gehört. Es läſst sich aber bey einem Rechte auch noch eine zweyte Seite in Betracht ziehen, nämlich die **Ausübung** desselben, welche mit dem Rechte vereint, oder nicht vereint, oder ohne das Recht ganz für sich bestehend gedacht werden kann, je nachdem der Berechtigte sein Recht ausübt, oder nicht, oder ein Unberechtigter sich die Ausübung eines Rechts anmaſst [q]. Dieser bloſs factische Zustand wird **Besitz** (possessio) im allgemeinsten Sinn genannt [r].

§. 291.

Fortsetzung.

Da jede Gesetzgebung von dem Princip ausgehen muſs, daſs Niemand einen Andern rechtlich überwinden kann, welcher nicht überwiegende Gründe seines Vorrechts hat: so wird jener, an sich bloſs factische Zustand juristisch äuſserst bedeutend, indem er zu der Regel führt, daſs jeder, welcher sich factisch in der Ausübung eines Rechts befindet, provisorisch, bis dahin, daſs ein Andrer ein besseres Recht darauf beybringt, in diesem factischen Zustande gelassen werden muſs [s]. Das Römische Recht hat aber mit dem **Besitz der Sachen**, welcher im eigentlichen

[q] L. 12. §. 1. L. 42. pr. h. t. (41. 2.) L. 1. §. 2. uti poss. (43. 17.).

[r] F. **Ramos** und F. **Retes** ad Tit. de acquir. poss. (**Meermann** Th. T. 7.) M. I. **Jupille** essai sur les principes du droit en matière de possession. Louv. 1780. **Westphal** Syst. des R. R. über die Arten der Sachen. §. 9—321. A. I. **Cuper** observ. selectae de natura possessionis. Lugd. Bat. 1789. auch neu edirt mit einer Abh. de naturali et civili possessione von mir. Ienae 1804. E. F. W. v. **Spangenberg** Vers. einer systemat. Darst. d. Lehre vom Besitz. Bayr. 1794. F. G. **Fleck** hermeneut. Tit. P. de acquir. vel am. poss. spec. duo. Lips. 1796. vor allen aber F. C. v. **Savigny** das Recht des Besitzes. Gieſs. 1803. (welcher in der Einleitung auch über die Literatur nachzusehen ist).

[s] Das Nähere darüber bey den Wirkungen des Besitzes.

engeren Sinn possessio genannt wird [t], noch manche zufällige Folgen verknüpft, indem es z. B. dem Besitzer häufig in einem schnellen Procefsgange Schutz ertheilt, und auf einen fortgesetzten Besitz die Verjährung folgen läfst. Für diese Fälle ist denn die Lehre vom Besitz im engern Sinn von den Römern sehr detaillirt entwickelt, und mannigfaltigen Modificationen unterworfen, welche freilich in einem System des Rechts vollständig dargelegt werden müssen; allein die Hauptansicht des Besitzes mufs, abgesehen von diesen Zufälligkeiten des Besitzes körperlicher Sachen, sich immer auf das reduciren, was alle Arten der factischen Ausübung eines Rechts zunächst interessant macht [u].

§. 292.

Fortsetzung.

Die Lehre vom Besitz kann sich nur mit den vier Hauptfragen beschäftigen: was ist Besitz, und was gehört zum Wesen desselben? wie wird er erworben? wie verloren? und welches sind die Wirkungen desselben? In Rücksicht der ersten drey Fragen bedarf es nur einer Darstellung der Römischen Theorie über Besitz im engern Sinn, woraus denn das Wesen des Besitzes überhaupt (worüber wir keine erschöpfende gesetzliche Theorie haben) analogisch abstrahirt werden mufs. Bey der vierten Frage kann aber, durch Verbindung des Römischen, Kanonischen und Deutschen Rechts, aus den Gesetzen ein System vollständiger Grundsätze aufgestellt werden, wobey denn auf die gemeinschaftlichen Folgen aller, und auf die eigenthümlichen Wirkungen besondrer Arten des Besitzes Rücksicht zu nehmen ist.

§. 293.

I) Natur des Besitzes. Begriff.

Besitz im engern ursprünglichen Sinn ist die körperliche Inhabung (Detention) einer körperlichen Sache, verbunden mit der Absicht, diese Detention in irgend einer rechtlichen Absicht auszuüben (animus tenendi) [x]; doch werden die Worte possessor und possessio auch zuweilen uneigentlich auf das Eigenthum [y], insbesondere das präto-

[t] L. 3. pr. h. t. (41. 2.).

[u] Zum Theil A. M. ist Savigny S. 1 — 32. 337 — 340.

[x] L. 1. pr. L. 3. pr. §. 3. L. 41. h. t. (41. 2.) Galvanus de usufr. c. 33.

[y] L. 15. qui satisd. cog. (2. 8.) L. 78. de V. S. (50. 16.).

rische Eigenthum [z], oder auf das Verhältnifs des Beklagten bey dinglichen Klagen bezogen [a]. Im letzten Sinn werden denn auch diejenigen possessores (jetzt gewöhnlich ficti possessores) genannt, welche zur Strafe bey dinglichen Klagen als die rechten Beklagten behandelt werden, obgleich sie gar nicht besitzen, nämlich alle, welche sich arglistig des Besitzes entäufsern (qui dolo possidere desiit), um sich einer dinglichen Klage zu entziehen, oder sich arglistig auf eine, gegen sie nicht stattfindende dingliche Klage einlassen (liti se offerens) [b].

§. 294.

Dessen rechtliche Natur.

Der Begriff der körperlichen Detention, verbunden mit der Absicht zu detiniren, ist die Grundlage der ganzen Lehre vom Besitz im Römischen Recht [c]. Zwar ist später durch rechtliche Vorschriften manche Abweichung gemacht, indem oft der Besitz in jenem Sinn gar nicht anerkannt, und eben so häufig ohne wahre Detention, oder wirkliche Absicht zu detiniren ein juristischer Besitz (possessio ficta) angenommen wird [d]. Diese Abweichungen sind aber als Singularien zu behandeln. Es darf also aus ihnen und dem ursprünglichen Grundbegriff kein, alles befassender gemeinschaftlicher Gattungsbegrift abstrahirt, sondern sie müssen als Ausnahmen gestellt werden, zwischen welchen der Grundbegriff mit seinen Folgen überall durchgreift, wo sie für ihn noch eine Lücke lassen. Am klarsten wird diefs durch die Bemerkung, dafs zur Erlangung des Besitzes (als einem leichten einfachen Act) weit mehr gehört, als zu dem schwer zu erreichenden Continuo der Fortdauer desselben, welcher einzige Umstand schon einen durchgreifenden Grundbegriff völlig unmöglich macht [e].

[z] L. 115. de V. S. (50. 16.) Savigny S. 69 — 72.

[a] L. 9. L. 16. §. 4. 7. L. 18. §. 1. L. 34. §. 1. L. 35. de hered. pet. (5. 3.) L. 10. in f. si pars hered. pet. (5. 4.) Savigny S. 73 — 77.

[b] L. 7. L. 25. L. 27. pr. §. 3. de R. V. (6. 1.) I. H. Heldt de eo qui dolo desiit possidere. Altd. 1671.

[c] L. 1. pr. L. 3. pr. §. 3. h. t. (41. 2.).

[d] L. 49. pr. §. 1. eod. Erxleben de eo quod iustum est circa fictam poss. Goett. 1778. Cuper l. c. P. 1. c. 3.

[e] L. 4. C. h. t. (7. 32.) A. M. ist T. M. Zachariae (praes. C. G. Haubold) universalia quaedam de possessione principia e iure Rom. collecta. Lips. 1805.

§. 295.

Eigentliche possessio.

Vor weiterer Erörterung des Wesens des Besitzes sind hier, zur Verständlichkeit der Gesetze, noch folgende Bemerkungen voranzuschicken. Die Gesetze gestatten zur Schützung eines gestörten, und zur Widererlangung eines verlornen Besitzes zwar besondere, im schnellen Procefs zu verhandelnde Rechtsmittel (Interdicte), aber nicht jedem Detinirenden, sondern nur gewissen Personen. Diese werden vorzugsweise possessores genannt [*f*]. Die Regel ist hier, dafs nur dem, welcher als wahrer oder anmafslicher Eigenthümer besitzt, Interdicte zustehen [*g*], hingegen alle Andern, welche blofs Rechte an einer fremden Sache ausüben, nicht als possessores betrachtet werden, sie mögen nun namentlich für den Eigenthümer detiniren [*h*], oder die Sache für sich, als fremde Sache, vermöge eines persönlichen [*i*], oder dinglichen Rechts inne haben [*k*]. Nur der Faustpfandgläubiger, mit Ausnahme des prätorischen Pfandgläubigers [*l*], hat zu seiner Sicherheit mit Ausschlufs des Eigenthümers, ohne jedoch demselben die Vortheile der Verjährung zu rauben, eine juristische possessio [*m*]; auch kann diese jedem, welcher andre Rechte an fremdem Eigenthum ausübt, durch Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend übertragen werden, also z. B. dem Sequester, wenn bey ihm der Besitz deponirt wird [*n*], dem Empfänger eines precarii, wenn der Concedent ihm die possessio, oder die ganze Sache, nicht aber einen blofs precairen Gebrauch derselben gestattet [*o*], und eben daher auch je-

[*f*] L. 1. §. 23. de vi (43. 16.) L. 3. §. 8. uti poss. (43. 17.).

[*g*] §. 4. 5. 6. I. de interdict. (4. 15.) L. 9. de R. V. (6. 1.) L. 1. §. 10. 23. de vi (43. 16.) L. 7. pr. de damn inf. (39. 2.) L. 30. §. 2. h. t. (41. 2.) Savigny S. 216. fgg.

[*h*] L. 1. §. 22. de vi (43. 16.).

[*i*] L. 8. commod. (13. 6.) L. 3. §. 20. L. 25. §. 1. h. t. (41. 2.) L. 6. §. 2. de precar. (43. 26.).

[*k*] L. 6. §. 2. cit. L. 12. pr. L. 52. pr. h. t. (41. 2.) L. 3. §. 7. uti possid. (43. 17.).

[*l*] L. 3. §. 23. L. 10. §. 1. h. t. (41. 2.) L. 3. §. 8. uti poss. (43. 17.) Savigny S. 220.

[*m*] L. 37. de pign. act. (13. 7.) L. 1. §. 15. L. 36. h. t. (41. 2.) L. 16. de usurp. (41. 3.).

[*n*] L. 17. §. 1. depos. (16. 3.) L. 3. §. 20. L. 39. h. t. (41. 2.) F. P. Wasmuth de sequestro non possidente nisi apud eum possessio deposita sit. Hanov. 1748. Cocceii I. C. L. 16. T. 3. qu. 19. Savigny S. 236. 237.

[*o*] L. 2. §. 3. L. 4. §. 1. L. 6. §. 2. 4. L. 10. §. 1. L. 12. pr. L.

der Andre, wie der Commodatar und Pachter, gegen den der Eigenthümer sich der Vortheile des Besitzes begibt [p].

§. 296.

Possessio naturalis, civilis.

In manchen Fällen wird selbst der, welcher, nach dem eben Gesagten, vermöge der Natur seines Rechtes im Allgemeinen als possessor anzusehen wäre, dennoch aus besondern Gründen wieder als Nichtbesitzer behandelt [q]. Unter diesen Voraussetzungen, verbunden mit der Bemerkung, dafs unter den Wirkungen des Besitzes die Usucapion die einzige ist, welche als reines Product blofs bürgerlicher Gesetze (effectus civilis) betrachtet werden kann, läfst sich nun die, zur Exegese aller, in diese Lehre gehörenden Fragmente so äufserst wichtige Eintheilung in possessio naturalis und civilis leicht erklären [r]. Man bemerke, um hier alles ganz zu übersehen, folgendes: 1) Im Allgemeinen bezeichnet possessor jeden Detinirenden [s], vorzugsweise aber nur den, welchem Interdicte zustehen [t]. Im Gegensatz hievon wird von denen, welchen die Gesetze die gewöhnlichen Interdicte nicht gestatten, der Ausdruck gebraucht: sunt in possessione, in detentione, nomine alieno possident, oder naturaliter possident [u]. Uebt ein solcher naturalis possessor ein Recht aus, womit nach allgemeinen Grundsätzen zwar Interdicte verbunden sind, aber in seiner Person aus besondern Gründen keine Interdicte verbunden seyn sollen, so sagt man auch von ihm: civiliter non possidet (er besitzt bürgerlich gar nicht) [x]. 2) Ist ein possessor in jenem engern Sinn in der Lage, die Sache, wenn es dessen bedürfte, usucapiren zu können,

15. §. 4. L. 17. de precar. (43. 26.) L. 21. §. 3. h. t. (41. 2.). A. M. ist Savigny S. 238. 239.

[p] Abweichend ist Savigny S. 218.

[q] L. 30. pr. §. 1. L. 49. §. 1. h. t. (41. 2.).

[r] S. überh. Savigny §. 7. 10. vergl. mit Meiner Diss. de natur. et civ. possessione hinter meiner Ausgabe von Cuper.

[s] L. 1. pr. §. 3. h. t. (41. 2.).

[t] L. 1. §. 23. de vi (43. 16.) L. 3. §. 8. uti poss. (43. 17.) L. 7. de precar. (43. 26.).

[u] L. 7. §. 11. comm. divid. (10. 3.) L. 10. §. 1. L. 12. pr. L. 24. L. 49. pr. §. 1. h. t. (41. 2.).

[x] L. 7. §. 1. 2. ad exhib. (10. 4.) L. 24. h. t. (41. 2.) L. 38. §. 7. de V. O. (45. 1.).

so wird sein Besitz positiv possessio civilis genannt [y]. Besitzt er dagegen zwar zu den Interdicten, aber nicht zur Verjährung, so wird von ihm (in einem engeren Sinn, wie oben) gesagt: naturaliter possidet, oder civiliter non possidet (er besitzt, aber nicht bürgerlich) [z].

§. 297.

Regeln über die Natur des Besitzes.

Die Natur des Besitzes überhaupt, so wie dieselbe jetzt rechtlich bestimmt ist, wird durch folgende Hauptsätze charakterisirt: 1) Der Besitz ist etwas bloſs factisches, unabhängig von dem Rechte selbst [a]. Im Ganzen ist es also unbedeutend, ob das Factum, wodurch man den Besitz erwirbt, von den Gesetzen gebilligt ist (possessio iusta), oder nicht (possessio iniusta) [b], und im letzten Fall, ob der Besitzer die Unrechtmäſsigkeit des Besitzgrundes kannte (malae fidei possessio), oder ob sie ihm unbekannt war (bonae fidei possessio), wiewohl in einzelnen Fällen etwas darauf ankommt [c], wobey hier die allgemeine Bemerkung zu machen ist, daſs, im Fall eines schuldvollen Irrthums, der Besitzer auch gewissermaſsen als malae fidei possessor angesehen wird, nämlich insofern, als er gewinnen will, nicht aber insofern, als von Strafen des bösen Glaubens die Rede ist [d]. Da indeſs der Besitz, als bloſser interimistischer Vermuthungsgrund, nur einen provisorischen Zustand begründet, so entsteht daher die Regel, daſs kein Besitz stattfindet, wo das Recht selbst undenkbar ist. Aus diesem Grunde findet kein Besitz statt a) an allen dem Commerz entzogenen Sachen [e]; b) an freyen Menschen, welche man mit dem Bewuſst-

[y] L. 3. §. 15. ad exhib. (10. 4.) L. 1. §. 9. 10. de vi (43. 16.).

[z] L. 26. pr. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 1. §. 9. 10. de vi (43. 16.).

[a] L. 12. §. 1. L. 42. pr. L. 52. pr. h. t. (41. 2.).

[b] L. 13. §. 1. de publ. in rem act. (6. 2.) L. 22. §. 1. de noxal. act. (9. 4.) L. 7. §. 8. comm. divid. (10. 3.) L. 3. §. 3. 5. L. 16. h. t. (41. 2.) L. 1. §. 2. pro donato (41. 6.) vergl. mit Cuper P. 2. c. 2—5. Savigny S. 66. 67.

[c] L. 13. §. 8. L. 25. §. 3. de her. pet. (5. 3.) L. 109. de V. S. (50. 16.) §. 35. I. de rer. div. (2. 1.) L. 2. C. de fruct. (7. 51.).

[d] L. 25. §. 6. de her. pet. (5. 3.) L. 31. pr. de usurp. (41. 3.) Voet L. 5. T. 3. §. 7. Cocceii I. C. eod. qu. 11.

[e] L. 3. §. 17. L. 30. §. 1. 3 h. t. (41. 2.).

seyn, daſs sie es sind, detinirt [*f*]; ferner können c) Sklaven eben so wenig etwas besitzen [*g*], als d) Haussöhne in den Fällen, da sie eine Sache nicht für sich erwerben [*h*]; auch kann e) überhaupt Niemand besitzen, welcher selbst von einem Andern besessen wird [*i*].

§. 298.

Fortsetzung.

2) Jeder Besitz setzt die zwey Facta: Detention und Absicht zu detiniren, voraus. Wer also nicht detiniren kann, wie moralische und fingirte Personen, ist eben so des Besitzes unfähig, als jede willenlose Person [*k*]; auch läſst sich an einem ungewissen Object kein Besitz denken [*l*]; doch sind diese Sätze, wie aus der Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes erhellen wird, wieder in mancher Rücksicht modificirt. Existiren aber Detention und Wille, so besitzt man so weit, aber auch nicht weiter, als man will [*m*]; jedoch ist hievon die Ausnahme zu machen, daſs der, welcher eine combinirte Sache besitzt, nur in der Maſse als Besitzer der dazu gehörigen Theile angesehen wird, in welcher er die Hauptsache besitzt [*n*]. Besaſs er aber die Nebentheile schon vor der Vereinigung als selbstständige Sachen, so dauert dieser Besitz auch nach der Vereinigung mit einer andern Sache fort [*o*].

§. 299.

Mitbesitz.

3) Da Coexistenz mehrerer Körper in demselben Raum undenkbar ist, so können mehrere Personen dieselbe Sache nicht ganz besitzen, und der Besitz des Einen ist also in dem Augenblick verloren, da er dem Andern ertheilt wird [*p*]. Indeſs ist doch so viel zugelassen, daſs mehrere nach idea-

[*f*] L. 1. §. 6. L. 23. §. 2. L. 30. §. 4. L. 38 pr. eod.

[*g*] L. 24. L. 30. §. 3. L. 49. §. 1. eod.

[*h*] L. 30. §. 3. L. 49. §. 1. eod. L. 4. §. 1. de usurp. (41. 3.) L. 93. de R. I. (50. 17.).

[i] L. 1. §. 6. h. t. (41. 2.) L. 180. de R. I. (50. 17.).

[*k*] L. 1. §. 3. 22. L. 34. pr. §. 1. h. t. (41. 2.) L. 1. §. 15. si quis testam. liber (47. 4.).

[*l*] L. 3. §. 2. L. 26. h. t. (41. 2.).

[*m*] L. 26. eod.

[*n*] L. 7. §. 1. 2. ad exhib. (10. 4.) L. 23. pr. §. 2. L. 25. 26. de usurp. (41. 3.) L. 2. §. 6. pro emt. (41. 4.).

[*o*] L. 30. §. 1. de usurp. (41. 3.) Savigny S. 204—215.

[*p*] L. 3. §. 5. h. t. (41. 2.) L. 19. pr. de precar. (43. 26.) L. 5. §. 15. commod. (13. 6.) Savigny §. 11.

len Theilen eine Sache im Mitbesitz haben können [q]. Beym juristischen Besitz nennt man diefs jetzt compossessio, bey dem Besitz auf fremden Namen condetentio [r].

§. 300.

II) Erwerb des Besitzes.

Zur Erwerbung des Besitzes gehört vereint körperliche Berührung der Sache, verbunden mit der Absicht, die ergriffene Sache zu detiniren [s]. Daraus folgt, 1) dafs unkörperliche Personen durch sich selbst eben so wenig einen Besitz anfangen können [t], als der Erbe durch blofse Erbantretung Besitzer wird, wiewohl die, in der Person des Erblassers wirklich gewordenen possessorischen Rechtsmittel auf ihn übergehen [u]; ferner 2) dafs willenlose Personen durch sich selbst keinen Besitz erwerben können [x], welches denn auch von den, juristisch für willenlos gehaltenen Kindern, und zwar unbedingt gilt [y], nicht aber von andern Unmündigen [z]; endlich 3) dafs es nach der Strenge keine Uebertragung und Veräufserung des Besitzes (alienatio, accessio possessionis) gibt, sondern der Erwerbende nur für sich seinen Besitz anfängt. Geschieht indefs die Uebertragung des Besitzes durch ein zweyseitiges, nicht vernichtetes, sondern an sich rechtsgültiges Geschäft, so wird dem Nachfolger der Besitz seines Vorgängers mit zum Vortheil angerechnet [a], wobey aber dem Erben die Fehler des Besitzes seines Erblassers folgen [b].

[q] L. 26. h. t. (41. 2.) L. 5. pr. de carbon. edict. (37. 10.) L. 10. pr. C. de bon. auct. iud. (7. 72.).

[r] S. Stryk de compossessione. Hal. 1674. (op. T. 2. n. 17.) A. F. Rivinus de eurematicis in mater. poss. et compossessionis. Vit. 1743. c. 2.

[s] L. 3. §. 1. pr. L. 34. pr. h. t. (41. 2.).

[t] L. 1 §. 22. eod. L. 1. §. 15. si quis testam. lib. (47. 4.).

[u] L. 23. pr. h. t. (41. 2.) Müller ad Leyser Obs. 514. Stryk de transit. poss. in heredes. Helmst. 1655. Idem U. M. P. L. 41. T. 2. §. 6—10.

[x] L. 1. §. 3. eod.

[y] L. 1. §. 3. L. 32. §. 2. eod. Dem steht auch L. 3. C. eod. (7. 32.) nicht entgegen. Vergl. Savigny S. 193—204.

[z] L. 1. §. 3. 11. L. 32. §. 2. h. t. (41. 2.).

[a] L. 4. §. 1. 2. de alienat. iudic. mut. causs. (4. 7.) L. 5. §. 6—10. L. 6. de itinere (43. 19.) L. 18. §. 1. quem. serv. am. (8. 6.) L. 13. §. 7. 9. h. t. (41. 2.) L. 14. pr. §. 1. de divers. temp. praescr. (44. 3.) vergl. mit L. 32. §. 1. de S. P. U. (8. 2.) L. 46. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 11. de A. R. D. (41. 1.) Savigny S. 23. 44. 45. not. 2. S. 127. not. 1. 2. S. 270. 301. 355.

[b] L. 11. C. h. t. (7. 32.).

§. 301.

Erwerbungsarten.

Die Erwerbungsarten sind zwiefach, entweder einseitige, erlaubte oder unerlaubte Handlungen (Occupation, Invasion) [c], oder ein zweyseitiges Geschäft. Im letzten Fall nennt man es Uebergabe (traditio). Zu dieser gehört denn von Seiten des Erwerbenden die beabsichtigte Ergreifung, und von Seiten des Veräufsernden die gehörige Zustimmung [d], so wie von Seiten dritter Personen ein leerer Besitz (possessio vacua), d. h. dafs die Sache sich nicht im Besitz eines Andern befinde, widrigenfalls vor Entsetzung desselben die Uebergabe den Besitz nicht überträgt [e]. Ist aber der, welcher durch ein Geschäft zum juristischen Besitzer gemacht werden soll, schon in der Detention der Sache, so wird ohne Hin- und Hergeben geradezu durch das Geschäft, und zwar, wenn es bedingt ist, nach Eintritt der Bedingung [f], der Besitz übertragen. Man nennt diefs traditio brevi manu [g]. Offenbar liegt darin nichts singulaires, auch braucht der Vertrag selbst nicht unter Anwesenden geschlossen zu werden [h].

§. 302.

Singulaire Erwerbarten durch Mittelspersonen.

Gegen jenen strengen Begriff der Besitzerwerbung sind inzwischen von den Gesetzen manche singulaire (und insofern nicht auszudehnende) Arten der Besitzerwerbung (traditio ficta, quasi-traditio) zugelassen [i]. Dahin gehört erstlich die Regel, dafs man auch durch Mittelspersonen den Besitz (possessio mediata) erwerben kann. Hiezu ist aber er-

[c] L. 1. §. 1. h. t. (41. 2.) L. 12. de vi (43. 16.).

[d] §. 40. I. de rer. div. (2. 1.) I. A. Frommann de traditione. Tub. 1661.

[e] L. 12. C. de probat. (4. 19.) L. 13. C. de distr. pign. (8. 28.) Dem ist auch nicht entgegen L. 16. de fundo dot. (23. 5.) Struben 3. B. 52. Bed. Savigny S. 132. 133.

[f] L. 38. §. 1. h. t. (41. 2.).

[g] L. 9. §. 1. 2. de publician. (6. 2.) L. 9. §. 9. de R. C. (12. 1.) L. 9. §. 5. de A. R. D. (41. 1.).

[h] A. M. sind manche mit Cuiac Obs. L. 4. c. 3. Voet comm. L. 12. T. 1. §. 5. wegen L. 47. de R. V. (6. 1.) L. 11. pr. L. 15. de R. C. (12. 1.) L. 34. pr. mandat. (17. 1.). Allein s. Savigny S. 185. not. 1.

[i] I. A. Frommann de ficta seu quasitraditione. Tub. 1680. Abweichend ist Savigny 2ter Absch.

foderlich, I) dafs der Repräsentant der Besitzergreifung fähig ist, und dieselbe für den Repräsentirten vornimt [k]; doch widerstreiten sich die Gesetze darüber, ob der entgegengesetzte Wille des Repräsentanten in Betracht komme, wenn demselben bey der Tradition der Erwerb für den Principal zur Bedingung gemacht ward [l]. Dabey mufs aber auch II) der Principal bey, oder nach der Besitzerwerbung dieselbe genehmigen, oder als Genehmigender von den Gesetzen behandelt werden. Daher erwirbt man 1) als Mandant, vom Augenblick der Besitzergreifung, ohne dafs man, den Verjährungsbesitz abgerechnet, besondere Wissenschaft von der Besitzergreifung zu haben braucht [m]. 2) Durch Genehmigung einer einseitig vorgenommenen Besitzergreifung [n]. Ferner erwerben 3) Herren und Hausväter, ohne selbst einer Besitzerwerbung fähig zu seyn [o], den für sie von ihren, in ihrem Eigenthum, oder Nutzungsrecht befindlichen Sklaven, oder ihren wirklichen Haussöhnen ergriffenen Besitz [p], und zwar sofort, ohne besondere Wissenschaft, vom Augenblick der Ergreifung [q]; nur mufs, wenn der Eigenthümer als solcher durch seinen Sklaven erwerben will, der Sklav nicht von einem Andern besessen werden [r]. Endlich erwerben 4) Vormünder den Besitz für ihre Untergebenen [s], wobey denn auch Kinder das Factum der Ergreifung selbst vornehmen dürfen [t]. Durch alle diese Arten können denn auch moralische und fingirte Personen einen Besitz erlangen [u].

[k] L. 1. §. 9. 10. 19. 20. h. t. (41. 2.).

[l] L. 13. de donat. (39. 5.) L. 37. §. 6. de A. R. D. (41. 1.) vergl. mit Chesii interpr. L. 1. c. 32. Savigny S. 243.

[m] L. 49. §. 2. L. 51. h. t. (41. 2.) L. 1. C. eod. (7. 32.) L. 41. 47. de usurp. (41. 3.).

[n] L. 24. de neg. gest. (3. 5.) L. 42. §. 1. h. t. (41. 2.).

[o] L. 1. §. 5. 22. L. 2. eod. L. 16. de O. et A. (44. 7.) L. 22. §. 3. L. 29. de captiv. (49. 15.).

[p] S. die vorige Note, und L. 21. de A. R. D. (41. 1.) L. 1. §. 6. 8. L. 49. pr. L. 50. pr. h. t. (41. 2.).

[q] L. 1. §. 5. L. 3. §. 12. L. 4. L. 24. L. 44. §. 1. eod.

[r] L. 1. §. 6. L. 54. §. 2. eod. L. 21. pr. L. 54. §. 4. de A. R. D. (41. 1.) Savigny S. 246—250.

[s] L. 11. §. 6. de pign. act. (13. 7.) L. 13. §. 1. de A. R. D. (41. 1.) L. 1. §. 20. h. t. (41. 2.).

[t] L. 32. §. 2. eod. L. 3. C. eod. (7. 32.) Savigny S. 193 — 204.

[u] L. 1. §. 22. L. 2. h. t. (41. 2.) L. 16. de O. et A. (44. 7.)

§. 303.

Constitutum possessorium.

Aus diesen Grundsätzen, verbunden mit der Regel, daſs die Detention einer Sache eben so gut ist, als die neue Ergreifung derselben, folgt denn die Rechtmäſsigkeit des sogenannten constituti possessorii [x], d. h. daſs der juristische Besitzer, welcher den juristischen Besitz der Sache auf einen Andern übertragen, sich selbst aber als Besitzer auf fremden Namen die Detention, oder den Mitbesitz vorbehalten will, diese Uebertragung durch einen bloſsen Vertrag vornehmen kann [y]. Vermuthet wird dieser Vertrag nicht [z], ausgenommen, wenn bey einem Geschäft statt der Sache die, die Besitzrechte des Veräuſsernden beweisenden Instrumente übergeben werden [a], so wie bey Eingehung einer universellen Societät [b].

§. 304.

Noch andre Fälle.

Auſser dem Fall der Besitzergreifung durch Andre gibt es noch mehrere singulaire Arten der Besitzerwerbung. Nämlich a) der Besitz eines zusammenhängenden Ganzen wird schon durch Ergreifung eines Theils erworben [c], mithin auch durch das Aufdrücken eines Siegels, wenn dieſs in der Absicht der Besitzergreifung geschieht [d], so wie b) durch Niederlegung in die Gewahrsam des Inhabers eines Hauses mit Willen desselben [e]. c) Bey dem vertragsmäſsigen

C. H. Horn de possessione universitatis. Viteb. 1744.

[x] Mascov de constituto possessorio. Lips. 1733. (opusc. T. 1. n. 4.) I. C. Spitz de natura et effectu const. possessorii. Erf. 1751. Savigny §. 27. Ganz leugnet es Giphanius lectur. Altorphin. p. 120. 121. 474. H. F. Schorch de constit. possessorio in LL. Rom. non fundato. Erf. 1732. zum Theil Pufendorf T. 1. Obs. 10.

[y] L. 18. pr. h. t. (41. 2.) L. 77. de R. V. (6. 1.) L. 28. L. 35. §. 5. C. de donat. (8. 54.) cap. 9. x. de rest. spol. (2. 13.).

[z] L. 1. §. 2. de peric. et comm. (18. 6.) L. 48. h. t. (41. 2.)

[a] L. 1. C. de donat. (8. 54.) S. Stryk de possessionis instrumentalis natura et acquisit. (op. T. 1. n. 18.) Abweichend ist Savigny S. 264 — 266.

[b] L. 1. §. 1. L. 2. pro socio (17. 2.).

[c] L. 77. de R. V. (6. 1.) L. 3. §. 1. h. t. (41. 2.).

[d] L. 1. §. 2. L. 14. §. 1. de peric. et c. (18. 6.) Savigny S. 165.

[e] L. 18. §. 2. h. t. (41. 2.) vergl. mit L. 3. §. 3. L. 44. eod. L. 15. ad exhib. (10. 4.) Savigny S. 170 — 178.

Erwerbe des Besitzes durch bloſses Hinzeigen (traditio longa manu) auf die zu ergreifende, mit den Augen erreichbare Sache [f]. d) Durch Ergreifen mit Werkzeugen [g]. e) Bey der Uebergabe eingeschlossener Sachen durch Ueberreichung des, zur Oeffnung des Behältnisses dienenden Werkzeuges (traditio symbolica); doch muſs dieſs im Angesicht des Behältnisses geschehen [h]; auch wird f) zuweilen geradezu durch Gesetze [i] der Besitz ertheilt, welches an manchen Orten durch neuere Statute und Gewohnheiten erweitert ist [k], in welchem letzten Fall manche die possessio eine civilissima nennen [l].

§. 305.

III) Fortsetzung und Verlust des Besitzes; a) durch den Körper;

In Rücksicht des Verlusts des Besitzes, (woraus sich, verbunden mit den Grundsätzen des Erwerbes, die Lehre von der Fortsetzung des Besitzes von selbst ergibt) würde streng genommen die Regel gelten müssen: der Besitz ist verloren, so bald entweder die körperliche Berührung, oder die Absicht zu detiniren aufhört [m]. Allein dieſs ist dahin erweitert, daſs der Besitz nur dann verloren wird, wenn man die, aus der Detention entlassene Sache nicht nach Willkühr wieder ergreifen kann, oder die Absicht zu besitzen positiv aufgegeben hat. Ohne eines von beiden dauert der Besitz fort (animo possidemus) [n]. Verloren wird also der Besitz I) durch Unmöglichkeit der willkührlichen Wiedererlangung der Detention, mithin a) wenn die Sache nicht mehr existirt, wohin auch gehört, wenn sie durch

[f] L. 18. §. 2. L. 51. h. t. (41. 2.) L. 79. de solut. (46. 3.) vergl. mit L. 3. §. 3. h. t. (41. 2.).

[g] L. 55. de A. R. D. (41. 1.).

[h] §. 45. I. de rer. div. (2. 1.) L. 74. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. §. 21. h. t. (41. 2.).

[i] L. 80. de R. V. (6. 1.).

[k] Ein Beyspiel gibt die, in cap. 2. x. de consuetud. (1. 4.) erwähnte Scotatio. Vergl. I. F. Link de scotatione. Arg. 1729. Cuiac Obs. L. 19. c. 18. Gundlingiana P. 7. p. 168. fgg. Grupen teutsche Alterth. 1. Cap.

[l] Stryk de poss. instrumental. c. 1. n. 29. Struv Ex. 42. §. 17.

[m] L. 3. §. 6. 8. 13. 17. L. 15. L. 30. §. 4. h. t. (41. 2.). Nicht widerstreitend sind L. 8. eod. L. 153. de R. I. (50. 17.) Savigny S. 273—280.

[n] L. 3. §. 11. L. 27. L. 29. h. t. (41. 2.) L. 31. §. 4. de usurp. (41. 3.) L. 1. §. 25. de vi (43. 16.)

eine, das Eigenthum aufhebende Specification in eine andre umgeschaffen ist, oder physisch oder rechtlich überhaupt des Besitzes unfähig wird [*o*]; b) wenn man wegen äußerer physischer Hindernisse nicht zu der Sache kommen [*p*], oder c) wenn man außer seiner Gewahrsam eine Sache so verliert, daß man sie nicht wieder auffinden kann [*q*]. Daher verliert man den Besitz zahmer Thiere, wenn sie sich verirren [*r*]. Wilde Thiere besitzt man nur so lange, als man sie nach Willkühr ergreifen kann [*s*], und zahm gemachte, so lange sie die Gewohnheit des Wiederkehrens beybehalten [*t*], während Sklaven, auch wenn sie entflohen sind, im Besitz des Herrn bleiben [*u*]. Endlich wird d) der Besitz in allen Fällen verloren, da ihn nach dem Bisherigen ein Andrer erhält [*x*], also auch, wenn ein Andrer ihn mit Gewalt sich anmaßt, ohne auf der Stelle vertrieben zu werden [*y*]. Als Entsetzung gilt auch das Verlassen der Sache aus Furcht vor Anwendung der, auf die Entsetzung gerichteten Gewalt [*z*], und das Verhindern der Rückkehr zum Besitz, oder der Ausübung desselben [*a*]. Durch heimliches Entreißen verliert man den Besitz beweglicher Sachen [*b*]. Der Besitz heimlich eingenommener unbeweglicher Sachen dagegen wird nur verloren, wenn der bisherige Besitzer den heimlich Eingedrungenen nach erhaltener Wissenschaft nicht sofort vertreibt [*c*], oder der Eingedrungene übermächtig ist, in welchem letzten Fall aber doch der Verlust sich nur auf das physisch occupirte Stück erstreckt [*d*].

[*o*] L. 30. §. 1. 3. 4. h. t. (41.2.).

[*p*] L. 13. pr. L. 30. §. 3. eod.

[*q*] L. 3. §. 13. L. 25. pr. L. 44. pr. eod. Savigny S. 282 — 284.

[*r*] L. 3. §. 13. eod.

[*s*] L. 3. §. 14. 15. eod. L. 3. §. 2. L. 5. pr. §. 4. de A. R. D. (41. 1.).

[*t*] L. 3. §. 2. L. 4. L. 5. §. 5. eod. L. 3. §. 15. 16. h. t. (41. 2.).

[*u*] L. 13. pr. L. 15. eod. L. 15. §. 1. de usurp. (41. 3.).

[*x*] vermöge des Princips in §. 299.

[*y*] L. 15. h. t. (41. 2.) L. 17. de vi (43. 16.).

[*z*] L. 3. §. 6. 7. eod. L. 33. §. 2. de usurp. (41. 3.).

[*a*] L. 1. §. 24. 47. de vi (43. 16.),

[*b*] L. 15. h. t. (41. 2.).

[*c*] L. 3. §. 7. 8. L. 6. §. 1. L. 7. L. 18. §. 3. 4. L. 25. §. 2. L. 46. h. t. (41. 2.) R. A. v. 1521. Art. 2. Savigny S. 291 — 298.

[*d*] L. 18. §. 3. 4. h. t. (41. 2.).

§. 306.

b) durch den Willen;

Aufserdem wird aber auch II) der Besitz verloren, wenn der Besitzer den Willen zu besitzen aufgibt [*e*], und zwar bestimmt [*f*], und in einer Lage, wo ihm die Veräufserung rechtlich erlaubt ist [*g*]. Diefs wird auch angenommen, wenn er ohne Nachfolger stirbt, den Besitz vernachlässigt, ohne besondere Abhaltungsgründe lange Zeit abwesend ist [*h*], also auch, wenn er bewegliche Sachen unbewacht aufser seiner Gewahrsam liegen läfst [*i*].

§. 307.

c) Durch Mittelspersonen.

Auch durch Mittelspersonen kann der Besitz fortgesetzt und verloren werden. Man unterscheide hier: I) die Mittelsperson kann sich selbst durch den blofsen Entschlufs den Besitz der Sache nicht anmafsen (nemo caussam possessionis ipse sibi mutare potest), sondern nur durch Facta, und zwar bey Immobilien durch Entsetzung des Principals [*k*], bey Mobilien aber schon durch Ergreifen der Sache in diebischer Absicht [*l*]. II) Das blofse Verlieren, oder Uebertragen des Besitzes an Andre kann durch den Willen des Repräsentanten nicht geschehen, sondern nur dadurch, dafs in Rücksicht seines Körpers, wobey der Körper des Principals nicht in Betracht kommt [*m*], der Besitz nach den Regeln des vorletzten §phen als verloren anzusehen ist [*n*]. Der Besitz wird also durch ihn verloren, wenn er selbst entsetzt wird [*o*], oder einen Andern den Besitz ergreifen läfst [*p*], nicht aber, wenn seine

[*e*] L. 3. §. 6. L. 17. §. 1. L. 34. pr. h. t. (41. 2.).

[*f*] L. 12. §. 1. eod. Savigny S. 304. 305.

[*g*] L. 27. L. 29. eod. Savigny S. 300—302.

[*h*] L. 37. §. 1. de usurp. (41. 3.) L. 11. C. unde vi (8. 4.) vergl. mit L. 4. C. h. t. (7. 32.) und Retes l. c. P. 2. c. 2. §. 5. Savigny S. 306. 406—409.

[*i*] L. 3. §. 13. L. 47. h. t. (41. 2.)

[*k*] L. 3. §. 19. h. t. (41. 2.) L. 6. §. 3. de prec. (43. 26.) vergl. mit L. 2. L. 18. pr. de vi (43. 16.).

[*l*] L. 3. §. 18. h. t. (41. 2.) vergl. mit L. 1. §. 2. L. 67. pr. de furt. (47. 2.) Savigny S. 313—317.

[*m*] L. 1. §. 45. de vi (43. 16.).

[*n*] L. 3. §. 12. h. t. (41. 2.).

[*o*] L. 1. §. 22. eod.

[*p*] L. 40. §. 1. eod. L. 33. §. 4. de usurp. (41. 3.) L. 12. C. h. t. (7. 32.).

Absicht zu detiniren aufhört, oder von ihm aufgegeben wird [q], oder wenn er die Sache bloſs verläſst [r].

§. 308.

IV) Quasi-Possessio. Obgleich denen, welche dingliche Rechte an der Sache eines Andern ausüben, nach dem Obigen (§. 295.) der Besitz der Sache abgesprochen wird, so ist ihnen doch später so viel zugestanden, daſs sie in der Ausübung ihres Rechts als Besitzer des Rechts (iuris possessores, iuris quasi possessores) angesehen werden sollen [s], ohne jedoch durch diesen, nicht auf die ganze Sache bezogenen Besitz den juristischen Besitz des Eigenthümers aufzuheben [t]. Zur Erwerbung dieser sogenannten Quasi-Possessio gehört natürlich auch Willen und Factum, und zwar bey dem eigenmächtigen, einseitigen Erwerbe, daſs der Erwerber sich das Recht, wenn es ein positives ist, durch ein positives Factum wider den Eigenthümer, wenn es hingegen ein negatives ist, durch wirksamen Widerspruch wider die Handlung des Eigenthümers anmaſse. Geschieht der Erwerb durch ein zweyseitiges Geschäft, so ist bey negativen Rechten der Besitz schon durch das Geschäft, bey positiven Rechten aber erst durch die vorgenommene Ausübung derselben (quasi-traditio) erworben [u]. Der Verlust eines solchen Besitzes

[q] L. 60. §. 1. locat. (19. 2.) L. 25. §. 1. L. 40. §. 1. h. t. (41. 2.).

[r] L. 31. de dolo (4. 3.) L. 3. §. 8. L. 44. §. 2. h. t. (41. 2.) L. 7. pr. pro emt. (41. 4.). A. M. sind wegen L. 12. C. h. t. (7. 32.) I. P. Lünker de interversa possessione. Giess. 1672. A. Mylius Disqu. iurid. L. Fin. C. de A. vel A. P. ac remedii inde competentis. Lips. 1690. Savigny S. 319. fgg.

[s] L. 2. commun. praed. (8. 4.) L. 23. §. 2. ex quib. causs. maior. (4. 6.) L. 10. pr. si serv. vind. (8. 5.) L. 3. §. 17. de vi (43. 16.) L. 7. de itin. (43. 19.) L. 2. §. 3. de precar. (43. 26.) L. 10. C. h. t. (7. 32.) Cuper P. 1. c. 4. Savigny §. 12. 44—47.

[t] L. 52. pr. h. t. (41. 2.) L. 3. §. 7. uti possidet. (43. 17.).

[u] L. 3. pr. de usufr. (7. 1.) L. 20. de servit. (8. 1.) L. 6. §. 1. si servit. vindic. (8. 5.). Zum Theil A. M. sind Heisler Unters. des Satzes, daſs die verneinenden Dienstbarkeiten durch bloſse Verträge erlangt werden (in dessen Abh. Halle 1783. n. 3.) und Savigny S. 435. 436. indem jener bey Servituten, welche auf ein Nichtthun gehn, im Fall eines Vertrags eine quasi-traditio (Beruhigung auf erfolgten Widerspruch), dieser aber bey dem einseitigen Erwerb solcher Servituten keinen vorhergegangenen Widerspruch fodert.

erfolgt auch hier durch Unmöglichkeit der willkührlichen Erneuerung der Ausübung des Rechts, oder durch Aufgeben der Absicht zu besitzen [x]. Das Kanonische Recht und die Reichsgesetze haben, wie unten (§. 317—319.) erhellen wird, diefs alles in gewisser Maafse auch auf diejenigen ausgedehnt, welche persönliche Rechte an Sachen, und andre Befugnisse ausüben.

§. 309.

V) Wirkungen des Besitzes. Allgemeine.

Die Wirkungen des Besitzes sind theils allgemeine, und insofern wesentliche, aller Arten des Besitzes, oder besondere. Zu jenen gehört, dafs jeder Besitzer im allgemeinen Sinn in seinem factischen Zustande gelassen werden mufs, so lange kein Andrer rechtlich überwiegende Gründe beybringt, welche zeigen, dafs auf ihn dieser factische Zustand übertragen werden müsse [y]. Der Besitzer braucht also seinen Titel nicht zu ediren, d. h. den Rechtsgrund seines Besitzes nicht anzugeben [z], ist daher auch von der Beweislast frey, und siegt bey gleicher Stärke der Beweise [a]. Nur dann mufs, wenigstens nach der Meynung der mehrsten Practiker, der Besitzer beweisen, wenn er durch sein Recht in das, an sich unbeschränkte Recht eines Andern eingreift, und dieser den Eingriff bestreitet [b]. Zum Schutz des Besitzes hat jeder Besitzer als aufsergerichtliches Mittel die Selbsthülfe [c], als gerichtliche hingegen Einreden [d], und unter Umständen auch Klagen. Wie weit die letzten des blofsen Besitzes wegen statt-

[x] L. 12. §. 2. 3. 4. de usufr. (7. 1.).

[y] L. 5. pr. in I. si ususfr. pet. (7. 6.) L. 2. C. de cond. ob turp. causs. (4. 7.).

[z] L. 11. C. de pet. hered. (3. 31.) L. 24. de R. V. (6. 1.) L. ult. C. eod. (3. 32.) S. Stryk de necessitate edendi titulum poss. Frkf. ad V. 1688.

[a] L. 8. 14. de probat. (22. 3.) L. 4. C. de edendo (2. 1.) L. ult. C. de R. V. (3. 32.) S. Stryk de possidente non meliore. Frkf. ad Oderam. 1687.

[b] T. I. Reinharth de possessione ab onere probat. non relevante. Erf. 1727. C. Thomasius de onere probandi in actione negatoria. Hal. 1732. Hufeland Beytr. zur Ber. d. pos. R. 4. St. n. 10. Allein s. L. 5. §. 1. si ususfr. pet. (7. 6.) L. 6. §. 1. L. 8. §. 3. si serv. vind. (8. 5.) L. 15. de nov. op. nunc. (39. 1.) Weber Beytr. zu der Lehre v. d. Kl. u. Einr. 2. u. 3. St. n. 16.

[c] S. oben §. 58. vergl. mit §. 305. a. E.

[d] L. 5. pr. in fin. si ususfr. pet. (7. 6.).

finden, kann aber erst bey der Lehre von den Interdicten, welche zu den besondern Wirkungen des Besitzes gehören, klar werden. Nur so viel ist hier im Allgemeinen zu erwähnen, daſs eine Sache, bloſs weil man sie vorhin besaſs, nicht von jedem dritten Besitzer durch dingliche Klagen abgefodert werden kann, daſs also die aus dem Besitz entspringenden Rechte (ius possessionis) keine dingliche, sondern persönliche sind [e].

§. 310.

Besondere. Besondere Wirkungen des Besitzes sind es, daſs der Besitzer in manchen Fällen die Früchte einer fremden Sache gewinnt, und durch Ergreifung, oder fortgesetzten Besitz das Eigenthum einer Sache erlangt, welches aber erst unten in der Lehre vom Eigenthum und der Verjährung ausgeführt werden kann. Nur das Retentions-Recht und die Interdicte verdienen hier, als besondere Folgen des Besitzes, eine genauere Erörterung.

§. 311.

1) Ueber Retentionsrecht besonders. Das Retentions-Recht [f] ist das Recht, eine Sache bis dahin, daſs man wegen einer Foderung befriedigt ist, zurückzuhalten. Ist dieſs Jemand durch einen Vertrag oder Testament ertheilt worden (ius ret. conventionale, testamentarium): so sind die Grenzen desselben danach abzumessen. Soll es hingegen ohne Erlaubniſs stattfinden (ius ret. legale): so muſs die Foderung, wegen deren man eine Sache zurückhalten will, mit der Sache selbst in Beziehung stehen (debitum connexum). Dahin gehört, a) wenn der Besitzer auf die Sache, oder in Beziehung auf dieselbe Verwendungen gemacht hat, wohin in der Regel alle nützlichen und nothwendigen zu rechnen sind [g]; b) wenn die

[e] Meine Versuche 2. B. S. 62—64.

[f] I. P. Heisler de iure retent. Hal. 1751. (Exerc. 1. n. 2.) G. L. Boehmer de iure retent. eiusque effectu. Goetting. 1773. (Elect. T. 2. n. 13.) I. L. Schmid de iis, quae ad exercend. ius retent. sunt necessar. Ien. 1785. I. C. W. Faselius syst. Darstellung d. Lehre vom Ret. R. 2te Aufl. Hal. 1793.

[g] L. 2. pr. ad L. Rhod. de iact. (14. 2.) L. 1. C. si aliena res pignor. (8. 16.) L. 27. §. 5. L. 48. de R. V. (6. 1.).

Herausgabe einer Sache durch eine actio directa von dem Besitzer verlangt wird, so kann er wegen aller, auch nicht unter die vorige Rubrik gehörenden, durch eine actio contraria zu verfolgenden Foderungen die Sache retiniren [*h*]. Eben diefs ist c) jedem erlaubt, welcher befugt ist, sich selbst aus einer Sache zu befriedigen [*i*]. Man nennt diese Art qualificatum, jedes andre Retentions-Recht simplex. d) Wer eine Sache für eine Gegenleistung herausgeben soll, kann sie, bis diese erfolgt ist, zurückhalten [*k*]. e) Ist die Retention einer Sache erlaubt, wenn man durch sie einen, vom Eigenthümer zu ersetzenden Schaden erlitten hat [*l*]. Nur der Pfandinhaber hat bey einem gültigen Pfandrecht das allgemeine Recht, wegen aller, selbst nicht connexen Foderungen das Retentions-Recht ausüben zu dürfen [*m*], welches aber auf andre nicht zu erstrecken ist [*n*]. Die Streitfrage [*o*]: ob die Foderung des Retinirenden sofort klar seyn müsse? läfst sich nur so beantworten: wenn er im ordentlichen Procefs auf Herausgabe belangt wird, so kann er verlangen, zum Beweise seiner Einrede gelassen zu werden. Ist hingegen eine zulässige Procefs-Art gegen ihn gewählt, wobey illiquide Einreden überhaupt nicht beachtet werden, so mufs seine Foderung sofort klar seyn.

§. 312.

2) Interdicte. Allg. Grundsätze.

In Ansehung der Interdicte [*p*] sind hier folgende allgemeine Bemerkungen voranzuschicken: 1) verfolgt Jemand Rechte im langsamen Gange des gewöhnlichen Processes, so nennt man die Klagen Actiones; geschieht es hingegen im

[*h*] L. 18. §. ult. commod. (13. 6.) L. 1. pr. quib. mod. pign. vel hypoth. (20. 6.).

[*i*] L. 4. 9. in quib. causs. pign. (20. 2.) L. 29. C. de iure dot. (5. 12.).

[*k*] L. 13. §. 8. de act. E. V. (19. 1.) L. 26. §. 4. de cond. indeb. (12. 6.). Manche rechnen diefs zum conventionali tacito.

[*l*] L. 9. §. 3. de damn. inf. (39. 2.) L. 8. de incend. ruin. naufr. (47. 9.).

[*m*] L. un. C. etiam ob chirogr. pec. (8. 27.) L. 25. de pign. act. (13. 7.).

[*n*] L. ult. C. commod. (4. 23.) L. ult. C. depos. (4. 34.) Müller ad Leyser Obs. 368.

[*o*] Vergl. Stryk de possess. per caut. non auferenda cap. 2. §. 15. 17. Pufendorf T. 2. Obs. 30. Faselius §. 10.

[*p*] S. überh. I. F. de Retes de interdictis et remediis possessoriis (Meermann Th. T. 7.) Savigny 4ter Abschn.

schnellen Gange des summarischen Processes, so werden die Klagen Interdicta, oder jetzt actiones in factum genannt [q]. Auch bey den letzten verwies der Prätor nach älterer Römischer Verfassung die Parteyen in der Regel zur Untersuchung der Thatumstände an den iudex [r]. II) Die Interdicte betreffen entweder den Besitz (possessorische) oder nicht (nicht-possessorische) [s]. Im ersten Fall gehen sie entweder auf Erlangung eines noch nicht gehabten (int. adipiscendae possessionis), oder auf Schützung eines gestörten (int. retinendae possessionis), oder auf Wiedererlangung eines verlornen Besitzes (int. recuperandae possessionis) [t]. Nur die beiden letzten Arten können unter den Wirkungen des Besitzes aufgeführt werden [u]. Bey ihnen liegt denn der Klaggrund allein im Besitz, ohne dafs Einreden, welche das Recht betreffen, in Betracht kommen [x]. Nur zuweilen mufs der Kläger bey einem Interdict dieser Art sein Recht zum Besitz zugleich mit beweisen, und dann nennt man es mixtum [y]. Es bezeichnet dieser Ausdruck aber auch diejenigen Interdicte, wobey der Kläger, wider die sonstigen Regeln des Processes [z], auf die Exceptionen des Beklagten condemnirt werden kann. Im Gegensatz dieser Interdicte, welche auch duplicia heifsen, werden die andern Interdicte, wobey keine Condemnation des Klägers stattfindet, simplicia genannt [a].

§. 313.

Arten. Von der grofsen Menge einzelner Interdicte gehören eigentlich nur die interdicta retinendae und recuperandae possessionis hieher, und von diesen

[q] L. 3. 4. C. de interd. (8. 1.) L. 8. C. unde vi (8. 4.) L. 14. C. de agricol. (11. 47.).

[r] L. 21. pr. quod vi aut clam (43. 24.) L. 3. §. 3. de lib. exhib. (43. 30.) Theophili paraphr. ad §. ult. I. de interd. und vor allen I. a Costa ad pr. I. de interdictis.

[s] z. B. Pand. Lib. 43. T. 29. 30.

[t] §. 2. I. h. t. (4. 15.) L. 2. §. 3. h. t. (43. 1.).

[u] Savigny §. 35.

[x] §. 4. I. h. t. (4. 15.) L. 1. §. 3. uti poss. (43. 17.) Leyser Sp. 499. m. 4. 5.

[y] z. B. L. 3. §. 13. de itinere (43. 19.).

[z] L. 1. de re iudic. (42. 1.) L. 3. C. de sentent. (7. 45.).

[a] §. 7. I. h. t. (4. 15.) vergl. mit L. 13. 14. de iudic. (5. 1.) L. 10. fin. reg. (10. 1.) L. 37. §. 1. de O. et A. (44. 7.) Savigny S. 346.

in eine allgemeine Theorie des Besitzes auch nur diejenigen, welche nicht, wie die Interdicte für Servituten, Emphyteusis, Superficies, Pachtung und Precarium, bloſs für einzelne Fälle eingeführt sind. Des Zusammenhangs wegen müssen hier jedoch mit den, aus dem Besitz entspringenden possessorischen Interdicten auch diejenigen nicht-possessorischen verbunden werden, welche wegen ihrer Allgemeinheit sich nicht als Folge eines besondern Rechtes betrachten lassen; doch ist hier überall alles, was das Detail des Wesens des summarischen Verfahrens betrifft, der Lehre vom Proceſs zu überlassen.

§. 314.

A) Int. possessoria; a) retinendae poss.

Zur Schützung eines, nicht auf höhere Erlaubniſs (remissio) gestörten, aber nicht aufgehobenen Besitzes [*b*], ertheilt das Römische Recht, als interdictum duplex (§. 312.) [*c*], bey Immobilien das interdictum uti possidetis, und bey Mobilien das, denselben jetzt gleichgesetzte interdictum utrubi [*d*]. Der Kläger ist hier der gestörte juristische Besitzer auf eignen Namen, welcher zur Zeit der erhobenen Klage besitzt [*e*], der Beklagte derjenige, welcher die Störung vornahm, nicht aber, nach Römischen Grundsätzen, dessen Erbe als solcher [*f*]. Das Gesuch geht auf Untersagung fernerer Störungen, Schadensersatz, und Bestellung einer cautio de non amplius turbando [*g*]. Beweist dagegen der Beklagte die Einrede, daſs der Kläger im Verhältniſs zu ihm heimlich, bittweise oder mit Gewalt besitze [*h*], oder bringt der Beklagte bey, daſs er einen älteren, besseren Besitz hatte, so ist der Kläger als Be-

[*b*] L. 1. §. 4. L. 3. §. 2. 3. 4. h. t. (43. 17.) L. 11. de vi (43. 16.) Tit. P. de remission. (43. 25.) Ueberh. C. F. M. Klepe de natura et indole poss. ad interdicta uti possidetis et utrubi necessaria. Lips. 1794. Savigny §. 37. 38. 39.

[*c*] §. 7. I. h. t. (4. 15.) L. 2. pr. de interd. (43. 1.) L. 3. pr. §. 1. h. t. (43. 17.) L. 37. §. 1. de O. et A. (44. 7.).

[*d*] §. 4. I. h. t. (4. 15.) L. un. §. 1. utrubi (43. 31.).

[*e*] §. 4. I. L. un. §. 1. cit. L. 1. §. 4. L. 3. §. 8. h. t. (43. 17.) Savigny S. 349. 350. 355.

[*f*] S. oben §. 68. Schmidt v. Klagen §. 170.

[*g*] L. 1. pr. L. 3. §. ult. h. t. (43. 17.) F. C. Conradi cautio de non ampl. turb. in iudic. possessoriis usu fori recepta. Helmst. 1737. Savigny S. 351. 352.

[*h*] L. 1. pr. §. 5. 9. L. 5. pr. §. 10. h. t. (43. 17.).

Klagter zu condemniren [i]. Die Einrede der Verjährung ist hier, wie bey allen folgenden Interdicten, einstweilen zu übergehen [k].

§. 315.

b) Int. recuperandae possessionis.

Zur Wiedererlangung eines durch Entsetzung aufgehobenen Besitzes gibt das Römische Recht dem Entsetzten, wenn er mit nichtgewaffneter Hand entsetzt ward, das interdictum unde vi, oder de vi simplici s. quotidiana; wenn aber die Entsetzung durch Waffen geschah, das interdictum de vi armata s. publica [l], welche beide, den Punct abgerechnet, dafs jenes nicht gegen Personen, denen Ehrfurcht gebührt, stattfindet [m], in allen andern Rücksichten übereinstimmen. Der Kläger ist hier in der Regel nur der juristische Besitzer auf eignen Namen [n], welcher unmittelbar oder mittelbar, ohne die Sache selbst zu übergeben [o], entsetzt ist [p], und zwar von einer unbeweglichen Sache, wozu auch die darauf befindlichen beweglichen gerechnet werden [q]. Auch findet es jetzt statt, wenn sich Jemand des, durch Abwesenheit verlornen Besitzes bemächtigt [r]. Der Beklagte ist der unmittelbare oder mittelbare Urheber der Gewalt [s], nie aber ein dritter Besitzer, oder der unbereicherte Erbe [t]. Das Gesuch geht auf Restitution des Besitzes und aller Nebentheile, aber binnen eines Jahrs in

[i] Cap. 9. x. de probat. (2.19.).

[k] S. unten d. Lehre v. d. Verjährung d. Klagen.

[l] Rubr. Tit. P. de vi et vi arm. (43. 16.) et L. 1. §. 43. ibid. §. 6. I. de interdict. (4. 15.) Ueberh. H. C. Cras Diss. qua specim. iurispr. Ciceronis exhibet. s. Ciceronem iustam pro Caecina caussam dixisse ostenditur. Lugd. B. 1769. F. G. Fleck comm. binae de interd. unde vi et remedio spolii. Lips. 1797. Savigny §. 40.

[m] L. 1. §. 43. h. t. (43.16.).

[n] L. 1. §. 9. 10. 23. eod. vergl. mit L. 1. C. si per vim (8.5.).

[o] L. 5. h. t. (43. 16.) L. 9. pr. quod met. causs. (4.2.).

[p] L. 1. §. 3. 29. 45. h. t. (43. 16.).

[q] L. 1. §. 3—8. 33. L. 3. §. 15. eod. Darin ändern auch nichts L. 34. C. locat. (4. 65.) L. 7. L. 10. C. unde vi (8. 4.) A. M. ist Savigny S. 380.

[r] L. ult. C. h. t. (8. 4.) Savigny S. 406 — 409.

[s] L. 1. §. 12 — 15. L. 3. §. 10. 11. 12. h. t. (43. 16.).

[t] L. 1. §. 48. L. 2. L. 3. pr. L. 9. eod. L. 3. §. 10. uti poss. (43. 17.) L. 11. C. de A. l. A. P. (7.32.).

der Regel nur auf das volle Interesse. Die Einrede, dafs der Kläger vom Beklagten heimlich, bittweise, oder mit Gewalt besitze, wird hier aber nicht in Betracht gezogen [u]. Ehemals gab es auch ein interdictum de clandestina possessione, welches jetzt aber, da heimliches Eindringen den Besitz nicht mehr aufhebt, von selbst wegfällt [x].

§. 316.

c) vermischtes Interdict.

Ist Jemandem ein Besitz zuerkannt, dessen Erlangung, oder Fortsetzung von einem Andern arglistig gehindert, oder welcher von einem Andern aufgehoben wird, so hat der Verletzte ein allgemeines Interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, welches nach Umständen adipiscendae, retinendae, oder recuperandae possessionis seyn kann [y]. Im Uebrigen stimmt es in Betreff der Person des Klägers, des Beklagten und des Gesuchs mit den vorigen Interdicten überein [z]. Besondere Einreden können hier daher genommen werden, dafs der Beklagte nicht arglistig gehandelt habe, oder dafs kein Rechtsgrund vorhanden gewesen sey, dem Kläger den Besitz zuzuerkennen [a].

§. 317.

Neuere Erweiterungen. A) Remedium spolii.

Manche wichtige Erweiterungen und Aenderungen sind durch das Kanonische Recht, die Reichsgesetze, und die Praxis eingeführt. Es hat nämlich 1) das Kanonische Recht zur Wiedererlangung eines verlornen Besitzes [b] unter der Benennung des remedii spolii ein neues Rechtsmittel gestattet, dessen man sich in

[u] L. 1. pr. §. 31. 40. 41. L. 6. de vi (43. 16.) L. un. C. si per vim (8. 5.).

[x] L. 7. §. 5. comm. divid. (10. 3.) vergl. mit Savigny §. 41.

[y] L. 1. pr. §. 1. 2. 3. h. t. (43. 5.).

[z] L. 1. §. 5. 8. L. 2. L. 4. §. 2. 3. eod.

[a] L. 1. §. 4. 5. 6. eod.

[b] Denn nach allen folgenden Gesetzen ist das remedium spolii kein remedium retinendae possessionis. Danz summar. Proc. §. 11. Müller ad Leyser Obs. 834. A. M. ist Struben 1. B. 142. Bed. S. auch überh. J. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 13. Idem de depravato except. spolii statu (Exerc. T. 5.) Fleck comment. cit. p. 81. fgg. Woltaer Obs. iur. Fasc. 2. c. 35. Savigny §. 50.

Form einer Klage (actio spolii), oder einer Einrede (exceptio spolii) bedienen kann, und welches, obgleich es im Wesentlichen mit dem interdicto unde vi zusammentrifft, doch darin von demselben abweicht, dafs es, wie im summarischen Procefs zu zeigen ist, manches Singulaire in Rücksicht der Procefsform hat, auch viel umfassender ist, als das Interdict. Denn A) kann jeder sich dessen bedienen, welcher auf irgend eine Art, auch ohne Arglist des Spolianten, in einem bisher stattgehabten factischen Zustande, welcher dem gemeinen Recht nicht widerstreitet [c], gestört ist, es mag nun dieser Besitz oder Quasibesitz im allgemeinsten Sinn vermöge eines dinglichen, oder persönlichen Rechts ausgeübt, entrissen, oder auf Drohungen aufgegeben, und das Object beweglich, oder unbeweglich seyn [d]. B) Es geht unbedingt auch gegen den Erben [e], selbst gegen den Dritten, welcher, mit dem Spolio bekannt, die Sache erwarb, nicht aber gegen den Dritten in gutem Glauben [f]. Eben so findet es C) selbst gegen die Personen statt, denen Ehrfurcht gebührt [g].

§. 318.

B) Possessorium summariissimum.

Um Gewaltthätigkeiten zu verhindern, ist 2) durch die Reichsgesetze [h] vorgeschrieben, dafs, wenn zwey Theile sich den Besitz anmafsen, der Richter von Amtswegen oder auf Anrufen, zutreten, nach Umständen das Object sequestriren, oder einem Theil vorläufig zusprechen, und hiebey möglichst summarisch verfahren, aber dem Unterliegenden das possessorium und petitorium vorbehalten solle [i]. Wegen der hier stattfindenden besondern Schnelligkeit, nennt man diefs, den jüngsten Besitz be-

[c] Denn ist diefs, so mufs der Besitz als solcher justificirt werden, cap. 2. de restitut. spoliator. in 6. (2. 5.).

[d] cap. 2. 3. 4. 8. 10. 13. X. de restitut. spoliator. (2, 13.) Pufendorf T. 2. Obs. 142. Fleck l. c. p. 97—99. 108—110.

[e] cap. 5. X. de raptor. (5. 17.).

[f] C. 3. C. 3. qu. 1. cap. 1. de restit. spoliator. in 6. (2. 5.) Boehmer I. E. P. l. c. §. 7—11. 16. 17. I. U. Cramer opusc. T. 3. p. 91. fgg. A. M. ist Mevius P. 4. Dec. 69. P. 8. Dec. 383.

[g] cap. 7. X. de restitut. spol. (2. 13.).

[h] K. G. O. P. 2. Tit. 21.

[i] S. überh. Boehmer diss. cit. cap. 3. W. A. F. Danz Constitut. imper. special. super litigios. possess. disquisit. Stuttg. 1789. Savigny §. 51.

treffende Verfahren possessorium summariissimum, oder auch summarium; das, die Erhaltung des Besitzes betreffende, §. 314. erwähnte Verfahren aber, welches den ordentlichen Gang des summarischen Processes geht, und wobey die Art, die Güte, und das Alter des Besitzes in Betracht kommt, possessorium ordinarium, oder im Gegensatz des Ausdrucks summariissimum auch wohl possessorium summarium. Diese Eintheilung in possessorium ordinarium und summarium ist also nur für die remedia retinendae possessionis erfunden [k], obgleich die übrigen possessorischen Rechtsmittel auch bald im ordentlichen Wege des summarischen Processes verhandelt werden, bald ein unvollständiges summarisches Verfahren zulassen [l].

§. 319.

Form des Verfahrens.

Die Form des summariissimi, und vieles, was zur Natur desselben gehört, ist nicht durch die Gesetze bestimmt. Nach dem Geist derselben, und der Praxis, muſs man hierüber folgende Regeln aufstellen: A) Wer den jüngsten Besitz im weitesten Sinn auch nur eines kurzen Zeitraums [m] nachweisen kann, ist provisorisch zu schützen, so bald er eine Störung darthut, (weil diese schon Gewaltthätigkeiten befürchten läſst), ohne nach der Güte des Besitzes zu fragen; daher auch der Unterthan gegen den Regenten hier geschützt werden muſs [n]. B) Man begnügt sich mit einer unvollständigen Bescheinigung [o]. D) Dem Unterliegenden ist das possessorium ordinarium und petitorium vorzubehalten, und nach Umständen die Erstattung der Kosten [p], auch, auf Verlangen, ein mündliches Angelöbniſs, den Andern nicht stören zu wollen, aufzulegen [q].

[k] Boehmer Diss. cit. cap. 5. §. 5. Müller ad Leyser Obs. 822.

[l] S. d. summarischen Proceſs.

[m] Boehmer l. c. §. 8. Manche verlangen mit Berger elect. process poss. §. 22. einen einjährigen Besitz.

[n] Leyser Spec. 499. m. 8. 9. Müller Obs. 824. vergl. mit Meiner Schr. über Bes. und Verj. 2. Thl. §. 75. A. M. ist Danz summar. Proc. §. 16.

[o] Boehmer l. c. §. 10. Schaumburg princ. L. 2. c. 4. §. 8. Danz a. a. O. §. 17.

[p] Vergl. Danz §. 16. a. E. mit Hommel rhaps. Obs. 884.

[q] Schaumburg l. c. §. 10. not. 5.

§. 320.

B) Nicht-possessorische Interdicte. a) Int. quod vi aut clam.

Zu den allgemeinen nicht-possessorischen Interdicten gehört 1) das Interdictum quod vi aut clam, welches dann stattfindet, wenn Jemand, selbst da, wo er ein Recht hatte, auf eine verstellte oder gewaltsame Weise [r], durch Errichtung, Vernichtung, oder Wegnahme unbeweglichen, oder damit zusammenhängenden beweglichen Sachen, von welchen letztern aber auch wieder die Früchte ausgenommen sind, einen bleibenden Nachtheil zufügt [s]. Der Kläger ist jeder, welcher bey Unterlassung der Handlung interessirt war [t]. Der Beklagte ist nicht blofs der Thäter, und dessen Erbe, sondern auch jeder Besitzer der Sache, jedoch mit dem Unterschiede, dafs der Thäter unbedingt auf Restitution, und binnen der gehörigen Zeit auf das volle Interesse [u], der Erbe hingegen nur so weit, als er bereichert ist [x], und der Dritte blofs dahin belangt werden kann, dafs er die Restitution auf Kosten des Klägers geschehen lasse [y]. Die Haupteinreden des Beklagten sind, dafs er die Handlung zur Rettung seiner eignen Sachen habe vornehmen müssen [z], oder dafs der Kläger an demselben Object gleichfalls heimlich oder gewaltsam gehandelt habe [a].

§. 321.

b) bey der novi operis nunciatio.

Gleichfalls nicht possessorisch sind 2) die Interdicte, welche bey der novi operis nunciatio [b] vorkommen. Um die Natur derselben einzusehen, mufs aber zuvörderst die Lehre von der novi operis nunciatio erörtert werden, welche hier um so mehr einen Platz verdient, da sie

[r] L. 1. §. 2. 3. 5—9. L. 3. pr. §. 1—4. 7. 8. L. 4. L. 5. pr. §. 1—10. L. 18. §. 1. L. 20. pr. §. 1. 2. 3. quod vi aut clam (43. 24.).

[s] L. 1. §. 4. L. 7. §. 5. 6. 7. 9. 10. L. 8. L. 9. L. 10. L. 11. pr. §. 1. 2. 3. L. 18. pr. L. 20. §. 4. L. 22. §. 1. 3. eod.

[t] L. 7. §. 8. L. 13. §. 3. 5. L. 16. pr. eod.

[u] L. 1. §. 1. L. 5. §. 11—14. L. 6. L. 11. §. 4. L. 15. §. 3—12. L. 21. §. 3. L. 22. pr. eod.

[x] L. 15. §. 3. eod.

[y] L. 7. pr. §. 1. L. 11. §. 6. L. 13. §. 7. L. 14. L. 16. §. 2. eod.

[z] L. 7. §. 4. eod.

[a] L. 7. §. 3. L. 22. §. 2. eod.

[b] G. H. Mylius D. usum doctr. de nov. op. nunc. in for. germ. sistens. Lips. 1741.

zum Theil nur eine Anwendung der Grundsätze von der Vertheidigung des Besitzes enthält, und insofern genau mit der Lehre von den Wirkungen des Besitzes in Zusammenhang steht.

§. 322.

Arten der n. o. nunciatio.

Wenn von Jemand unbefugter Weise die Errichtung oder Aenderung eines künstlichen, mit dem Boden zusammenhängenden Werks [c] angefangen ist, so kann vor Vollendung desselben der, welcher darunter leidet, die Vollführung zu jeder Zeit [d] auf mehrfache Art hindern, nämlich 1) durch Thätlichkeiten. Diese sind nur dem erlaubt, welcher seinen noch nicht verlorenen Besitz vertheidigt, aber auch demselben nothwendig, um nicht den Besitz zu verlieren [e]. Man nennt diefs nunciatio realis, welche dann nicht allein durch Vertreiben der Arbeiter, und Destruction des Werks [f], sondern auch durch das symbolische Zeichen des Hinwerfens eines Steines gegen das Werk (iactu lapilli) geschehen kann [g]. 2) Ohne Thätlichkeiten, entweder dadurch, dafs der Beeinträchtigte (er sey Besitzer, oder nicht) richterliche Hülfe sucht (nunciatio publica), oder aufsergerichtlich, jedoch aber im Angesicht des Werks [h], eine Protestation einlegt (nunciatio verbalis privata). Nur die letzte Art nennen die Römer novi operis nunciatio [i], unter welchem Ausdruck erst die Neueren alle jene Arten begriffen haben. Der Inhibirende heifst Nunciant, der, gegen den die Inhibition gerichtet wird, Nunciat.

§. 323.

Wer nunciirt, und wem?

Der Nunciant ist, bey Vertheidigung öffentlicher Sachen, jeder aus dem Volk [k], bey Privatsachen aber der, welchem ein ding-

[c] L. 1. §. 11. 12. de nov. op. nunciat. (39. 1.).

[d] L. 1. §. 1. eod. L. 1. quod vi aut clam (43. 24.) L. 1. §. 4. h. t. (39. 1.).

[e] L. 3. §. 9. de vi et vi arm. (43. 16.) Leyser Sp. 426. m. 3. 6.

[f] L. 5. §. 10. h. t. (39. 1.) L. 1. C. ut nem. lic. sine iudice (2. 17.).

[g] L. 6. §. 1. si serv. vind. (8. 5.) L. 5. §. 10. h. t. (39. 1.). Cocceii eod. qu. 1. I. G. P. du Roi de iactu lapilli liber singul. Helmst. 1782. Müller ad Leyser Obs. 674.

[h] L. 5. §. 2. 4. eod.

[i] L. 5. §. 1. 2. L. 5. §. 10. 15. eod. Püttmann probab. cap. 20.

[k] L. 3. §. ult. L. 4. h. t. (39. 1.).

liches Recht an der Sache zusteht [l], jedoch so, daſs die, welche bloſs dingliche Nutzungsrechte haben, Namens des Eigenthümers die Handlung vornehmen müssen [m]. Wer ein persönliches Recht an der Sache hat, ist ohne Mandat, den einzigen Fall der Abwesenheit des Eigenthümers abgerechnet [n], von der Nunciation ganz ausgeschlossen [o], so wie jeder, welcher nicht frey über seine Sachen verfügen kann [p], und der Miteigenthümer gegen den andern [q]. Der Nunciat ist jeder, welcher das Werk für sich, und einen Andern vollführt, jedoch bey der gerichtlichen natürlich nur der erste allein [r]. Bey der gerichtlichen Nunciation kann der Nunciat von dem Nuncianten den Eid für Gefährde verlangen [s].

§. 324.

Wirkungen der nunciatio.

Jede Nunciation bewirkt zunächst, wenn nicht Gefahr beym Verzuge ist [t], daſs der Nunciat von Vollendung des Werks abstehen muſs [u], eine Verpflichtung, welche auf die allgemeinen und besondern Nachfolger des Nunciaten übergeht [x], und auch den Miteigenthümer bindet, während sie dem Miteigenthümer des Nuncianten keine Rechte mittheilt [y]. Erfolgt die Fortsetzung, bevor dazu ein Recht erworben ist, so können der Nunciant und dessen Erben ein sogenanntes interdictum demolitorium auswirken, welches den Thäter unbedingt zur Destruction auf eigne Kosten verpflichtet [z], den Erben nach den Begriffen der Römer (§. 58.), soweit er bereichert ist [a], und den successor singularis wenigstens so weit, daſs er die Destruction des Werks auf Kosten des Nuncianten leiden muſs [b]. Die einzelnen

[l] L. 1. §. 19. L. 3. §. 3. L. 9. L. 19. eod.

[m] L. 1. §. 20. L. 2. L. 8. pr. L. 9. L. 14. L. 15. eod. L. un. §. 3. 4. de remiss. (43. 25.) Cuiac L. 1. Obs. 17. Westphal de libert. et servit. praed. §. 331.

[n] L. 1. C. si per vim (8. 5.).

[o] L. 3. §. 5. h. t. (39. 1.).

[p] L. 5. pr. eod.

[q] L. 3. §. 1. 2. eod.

[r] L. 5. §. 3. L. 10. L. 18. §. 1. L. 20. §. 1. eod.

[s] L. 5. §. 14. eod.

[t] L. 5. §. 12. 13. h. t. (39. 1.).

[u] L. 21. §. 1. eod.

[x] L. 8. §. 7. §. ult. eod.

[y] L. 5. §. 5. eod.

[z] L. 20. §. 7. eod.

[a] L. 8. §. ult. L. 20. §. 8. L. 22. eod.

[b] L. 20. §. 8. L. 22. L. ult. eod.

Arten der Nunciation haben aber noch ihre besondern Wirkungen. Die reelle verpflichtet nämlich unbedingt den Nunciaten, vor ausgemachter Sache von Fortsetzung des Werks abzustehen [c]. Eben diefs fand sonst statt, wenn der Nunciant sich an den Richter wandte, während die wörtliche aufsergerichtliche Nunciation blofs bewirkte, dafs der Nunciat vor bestellter Caution, im Unterliegungsfall alles demoliren zu wollen, nicht fortbauen durfte [d]. Allein jetzt mufs man unterscheiden, ob der Nunciant sofort die Sache gerichtlich anhängig macht, oder nicht. Im letzten Fall bleibt es beym Alten. In jenem aber darf der Nunciat das Werk sogleich nicht fortsetzen; wird aber in drey Monaten der Streit nicht geendet, so kann er unter Bestellung jener Caution fortbauen [e]. Hat der Nunciat die genannte Caution bestellt, oder verweigert der Nunciant widerrechtlich die Annahme derselben, so hat jener ein sogenanntes interdictum prohibitorium, um sich bey der Fortsetzung des Werks zu schützen [f].

§. 325.

Erlöschen derselben. Die inhibitorische Kraft der Nunciation erlischt durch Veräufserung der Sache von Seiten des Nuncianten, und durch dessen Tod [g], so wie, nach dem Bisherigen, durch Cautions-Leistung, und durch willkührliche Remission beider Theile, und einseitige Erlaubnifs des Richters [h]. Uebrigens stehen dem Nuncianten, welcher als solcher im Gericht unterliegt, noch immer die ordentlichen Rechtsmittel offen [i].

[c] Arg. L. 1. §. 6. L. 5. §. 10. eod. Cocceii eod. qu. 2.

[d] L. 3. §. 5. 6. quod vi. (43. 24.).

[e] L. un. C. h. t. (8. 11.) cap. 3. 4. X. de nov. op. nunc. (5. 34.) Westphal l. c. §. 345. Boehmer I. E. P. L. 5. T. 34. §. 2.

[f] L. 20. §. 9. 13. 15. L. 5. §. 17. h. t. (39. 1.).

[g] L. 8. §. 6. h. t. (39. 1.).

[h] L. 5. §. 19. L. 13. §. 1. 2. L. 16. eod.

[i] L. 9. eod.

Besonderer Theil.

A) Regierungsrecht.

Einleitung.

§. 326.

Eintheilung der Rechtswissenschaft.

Die Gesetze lassen sich am schärfsten eintheilen, wenn man von der Verschiedenheit der, durch sie begründeten rechtlichen Verhältnisse ausgeht. Von dieser Seite betrachtet ergibt es sich sogleich, daſs es zwey Hauptarten des Rechts gibt, nämlich öffentliches (publicum), wodurch die Rechte und Verbindlichkeiten des Regenten, es sey nun gegen die Unterthanen, gegen seine Mitregenten, oder Auswärtige, und bürgerliches (privatum, civile), wodurch die Rechte und Verbindlichkeiten der Unterthanen, es sey nun im Verhältniſs zu einander, oder gegen Auswärtige, begründet werden.

§. 327.

Fortsetzung.

Die bürgerlichen Gesetze, welche das Verhältniſs des Unterthanen zu dem Unterthanen bestimmen, nennt man vorzugsweise Privat-Recht; die hingegen, worauf die Verhältnisse der Bürger, es sey nun einzelner, oder, unter dem Namen des Staats, aller gegen Auswärtige beruhen, heiſsen Völkerrecht (ius gentium im neueren Latein).

§. 328.

Fortsetzung.

Die öffentlichen Gesetze sind wieder von doppelter Art, nämlich theils solche, welche dem Regenten selbst gegeben sind, und also von demselben nicht einseitig aufgehoben werden können; theils solche, welche von dem Regenten selbst herrühren, und insofern von ihm willkührlich zurückgerufen werden können. Gesetze der ersten Art heiſsen, weil sie das Feste der Verfassung begründen, Constitutions-Ge-

setze; die der letzten Art, als Folge der Ausübung der Regierung, Regierungsgesetze. Ein Inbegriff jener heifst Staatsrecht, ein Inbegriff dieser Regierungsrecht [a].

§. 329.

Fortsetzung.

Das Regierungsrecht ist wieder doppelt, theils inneres, theils äufseres, je nachdem nämlich der Regent als Verwalter eines inneren, oder äufseren Hoheitsrechtes öffentliche Verhältnisse bestimmt. Das erste begreift wieder die drey Hauptarten: peinliches, Cameral- und Finanz-, und das, alle übrigen Arten befassende Polizey-Recht. Aus Privat- und Regierungsrecht vermischt ist der Procefs.

§. 330.

Inhalt des besondern Theils der Pandekten.

Die Vorlesungen über die Pandekten können sich, bey der jetzigen Lage der academischen Lehrvorträge nicht über alle diese Rechtstheile verbreiten, und die, wovon sie handeln, nicht mit gleicher Vollständigkeit darstellen. Staats- und Völkerrecht müssen, so weit sie antiquarisch sind, den Vorlesungen über Römische Rechts- und Deutsche Reichsgeschichte, in ihren practischen Theilen aber dem Vortrage über Deutsches Staatsrecht überlassen bleiben. Eben diefs gilt vom äufsern Regierungsrecht. Die einzelnen Theile des inneren Regierungsrechts enthalten gleichfalls vieles den besondern Vorlesungen über Rechtsgeschichte, Staats- und peinliches Recht angehörendes. Im Privat-Recht können die Pandekten die mehrste Vollständigkeit haben; doch sind auch hier einzelne Theile, nämlich Lehn- und Kirchenrecht, und alle einheimischen Deutschen Rechts-Institute, wieder davon auszunehmen, und in die, für sie bestimmten besondern Vorträge zu verweisen.

[a] Ueber diese und die folgenden Eintheilungen s. Meine jurist. Encyclop. und Methodologie. §. 16. 26. 65. 125. Schlossers Briefe über die preuss. Gesetzg. 1. Thl. 2. Schr.

Erster Theil.

Cameral- und Finanzrecht, in einer allgemeinen Uebersicht des gemeinen Rechts.

§. 331.

Begriff. Fiscus, Aerar, Privat-Güter des Regenten.

Unter dem Cameral- und Finanz-Recht versteht man den Inbegriff der Gesetze, welche sich auf die Verwaltung und Vermehrung des Staats-Vermögens beziehen [a]. Das Collegium, welchem bey den Römern diese Sorge übertragen war, und welches wieder viele Büreaus (stationes) unter sich hatte [b], hiefs schlechthin Fiscus, nachdem nämlich der Unterschied zwischen dem, zu allgemeinen Staats-Ausgaben bestimmten Aerario populi, und der dem Kaiser zur freyen Disposition überlassenen Casse aufgehoben war [c]. Die dem Regenten als Privat-Mann gehörenden Güter werden patrimonium principis genannt. Nur dem Regenten steht das Recht zu, einen Fiscus zu haben [d]; ob auch dem unmittelbaren Reichsadel? ist streitig [e], und im Staatsrecht zu entscheiden.

§. 332.

Arten der Staatsgüter.

Die Staatsgüter sind von doppelter Art, theils solche, deren Gebrauch jedem Bürger freysteht (res publicae s. str.), theils solche, welche zum Besten des Ganzen bestimmt sind, aber nicht von jedem Einzelnen benutzt werden können (patrimonium populi). Zu den ersten gehören alle zum allgemeinen Gebrauch bestimmten Staats-Gebäude, alle gröfseren Flüsse im, und alle Seeufer am

[a] C. Besold de aerar. public. Tub. 1615. C. Klock de Aerario c. not. C. Pelleri. Norimb. 1651. I. B. v. Rohr vollst. Haushaltr. Leipz. 1766. I. I. Moser v. der Landeshoheit in Cameral-Sachen. Frkf. 1773. P. Burmann de vectigal. pop. Rom. Lugd. B. 1734. F. E. I. Fischer kurzer Begriff des Cameral-Rechts. Hal. 1796. A. Hofmann de vectigal. iure in gen. in specie vero de vectigal. subsidiar. Mog. 1787.

[b] L. 1. C. de compensat. (4. 31.) Pufendorf T. 3. Obs. 79.

[c] L. 7. 17. C. Theod. de annon. et tribut. L. 13. de iure fisci (49. 14.). Guther de offic. dom. august. L. 3. c. 18. 31. 42. Raevardi var. L. 4. c. 4.

[d] C. d. C. O. P. 2. T. 21. §. 3. I. R. A. §. 165.

[e] Siebenkees Magaz. 1. B. n. 13.

Staatsgebiet [f], so wie alle öffentlichen Heerstrassen [g]. Die Sachen der letzten Art können sehr mannigfaltig seyn, waren es aber bey den Römern nicht so sehr, wie bey uns. Die Palläste des Kaisers, die Staatsländereyen, Wälder, Heerden und Bergwerke waren die wichtigsten [h].

§. 333. a)

Besondere Interdicte wegen derselben.

Zur Schützung öffentlicher Sachen finden natürlich alle gewöhnlichen possessorischen und petitorischen Rechtsmittel statt, insbesondere aber noch folgende, durch den Prätor eingeführte, und aufser dem Verletzten jedem aus dem Volk zustehende Interdicte [i], nämlich: A) das Interdictum ne quid in loco sacro fiat [k]. Unter dem Ausdruck res sacrae werden hier auch die öffentlichen res sanctae (§. 256.) begriffen [l]. Der Zweck des Interdicts, welches nicht blofs den Vorstehern solcher Sachen, sondern jedem aus dem Volk zusteht [m], geht wider den Thäter auf Restitution dessen, was widerrechtlich geschah, und auf Hinderung für die Zukunft [n]. B) Das Interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat. Der Zweck dieses, jedem aus dem Volk, und insbesondere dem Verhinderten, zustehenden Interdicts ergibt sich schon aus dem Namen [o]. C) Das Interdictum de loco publico fruendo ist allen denen gestattet, welche öffentliche Sachen zur besondern Benutzung erhalten

[f] L. 3. ne quid in loc. publ. (43. 8.) L. 5. pr. de rer. div. (1. 8.) F. L. v. Cancrin Abh. v. dem Wasserrechte. Hal. 1790. 2. B. 8.

[g] I. V. Bechmann de iure viar. publ. Ien. 1670. C. E. Reichenbach de regali viar. publicar. iure. Frkf. 1679. A. Fritsch de regal. viar. publ. iure (op. T. 1. P. 1. n. 14.).

[h] Tit. C. de fund. et saltib. (11. 65.) Tit. C. de fund. patrim. (11. 61.) Tit. C. de pascuis publ. (11. 60.) Tit. C. de greg. domin. (11. 75.) Tit. C. de palat. et dom. (11. 76.) Burmann c. 1, 2, 3, 4, 12.

[i] Ueberh. L. 1. de loc. et itin. publ. (43. 7.) E. C. Westphal de libertate praediorum. cap. 3 — 12.

[k] Tit. P. ne quid in loco sacro fiat (43. 6.).

[l] L. 2. 3. eod.

[m] L. 1. §. 3. eod. L. 2. §. 2. ne quid in loco publ. (43. 8.) L. 10. C. de episc. et cler. (1. 3.).

[n] L. 1. h. t. (43. 6.) L. 2. §. 19. ne quid in loco publ. (43. 8.).

[o] Tit. P. de locis et itin. publ. (43. 7.) Tit. P. ne quid in loco publico vel itinere fiat (43. 8.).

haben, wenn sie in der, ihnen gebührenden Benutzung gestört werden [p]. D) Werden öffentliche Heerstrafsen beschädigt, behindert, oder von den Landanliegern nicht nach Maafsgabe ihrer Landstücke gebessert, so steht den Wegeaufsehern, und jedem aus dem Volk das interdictum de via publica et si quid in ea factum esse dicatur auf Restitution, oder Besserung zu [q], so wie E) das interdictum de via publica et itinere publico reficiendo in dem Fall, wenn die Wegebesserung gehindert wird, für jeden aus dem Volk, und insbesondere den Behinderten, stattfindet [r]. F) Zum Zweck des ungehinderten Gebrauchs öffentlicher Flüsse gibt der Prätor drey, schon durch ihren Namen charakterisirte Interdicte, nämlich: das Interdictum ne quid in flumine publico, ripave eius fiat, quo peius navigetur; das interdictum ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priori aestate fluxit, und das interdictum ut in flumine publico navigare liceat [s]. Endlich kann sich G) des interdicti de ripa munienda jeder bedienen, welcher an der Vollendung einer, seinen anliegenden Ländereyen nützlichen, und der Schifffahrt nicht nachtheiligen Eindämmung öffentlicher Flüsse, oder andrer Gewässer, Sümpfe und Gräben verhindert wird, und auf zehn Jahre wegen des, aus der Vollendung des Werks etwa entstehenden Schadens zu caviren bereit ist [t].

§. 333. b)

Mittel der Erwerbung. 1) Privilegia fisci.

Die Mittel, ein Staatsvermögen herbeyzuschaffen, können sehr mannigfaltig seyn. Bey den Römern gehörten besonders dahin eine Menge von Privilegien, welche dem Fiscus in Verhältnifs zu Privat-Personen beygelegt waren, so wie die Erhebung mannigfaltiger Zölle und Abgaben. Nur von den letzten kann hier das Nöthige

[p] Tit. P. de loco publico fruendo (43. 9.).

[q] Tit. P. de via publica et si quid in ea factum esse dicatur (43. 10.).

[r] Tit. ff. de via publica et itinere publico reficiendo (43. 12.).

[s] S. die gleichlautenden Titel der Pandekten Lib. 43. T. 12. 13. 14.

[t] Tit. P. de ripa munienda (43. 15.).

erinnert werden; die Privilegien des Fiscus greifen in alle einzelnen Materien ein, und sind daher der Deutlichkeit wegen, theils schon beyläufig (in der Lehre von den Zinsen, der Gewähr des Eigenthums und der Mängel) angegeben, theils in der Folge gelegentlich zu bemerken [u].

§. 334.

2) Zölle und Steuern.

Unter Zoll (vectigal, telonium) versteht man alles, was für den Ein- oder Ausgang von Personen, oder Sachen gezahlt werden muſs [x]. Wird er für Personen gezahlt, so nennt man ihn Personen-Zoll (pedagium), und sofern er für die sichere Passage gezahlt wird Geleits-Zoll (guidagium); wird er hingegen für Sachen gezahlt, so heiſst er Waaren-Zoll (portatorium) [y]. Unter dem Ausdruck Steuern (tributa) hingegen begreift man alles, was von den Unterthanen als solchen, es sey nach den Köpfen, dem Reichthum, oder dem Besitz unbeweglicher Güter gezahlt werden muſs. Die Steuern können also dingliche oder persönliche seyn. Bey den Römern waren sie in der Regel das erste [z], und zwar nach einem feststehenden Maaſsstabe; doch wurden zuweilen auch auſserordentliche Steuern aufgelegt [a].

§. 335.

Wer kann sie auflegen?

Das Recht, Zölle und Steuern einzuführen, steht nur der höchsten Gewalt im Staate zu [b]. In Deutschland ist dieses Recht in Betreff der Territorial-Regenten auf mannigfaltige Weise beschränkt. Die Entwicklung der Grenzen dieser Beschränkung gehört aber in das deutsche Staatsrecht. Bey den Römern betrugen die Zölle gewöhnlich 8 Procent, daher der Name Octavarium [c].

[u] Ein ziemlich vollständiges Register s. bey Lauterbach coll. theor. pr. L. 49. Tit. 14. §. 7—14.

[x] L. 17. §. 1. de V. S. (50. 16.) L. 5. 6. 8. 9. C. de vectig. et commiss. (4. 61.).

[y] cap. 4. X. de cens. (3. 39.) cap. 26. X. de V. S. (5. 50.) cap. 4. de cens. in 6. (3. 20.).

[z] Tit. C. de annonis et tribut. (10. 16.) Sigonius de antiquo iure civium Romanor. L. 1. c. 16.

[a] Tit. C. de superindict. (10. 18.).

[b] L. 10. pr. de publican. (39. 4.) L. 3. C. vectigal. nov. (4. 62.).

[c] L. 7. 8. C. de vectigal. (4. 61.)

§. 336.

Erhebung der Zölle und Steuern, besonders der ersten durch Pächter.

Die Erhebung der Zölle und Steuern steht gleichfalls nur dem Regenten, oder den, von ihm hiezu besonders bestellten Personen zu. Bey den Römern kamen sie in der Regel erst durch die zweyte oder dritte Hand in die Casse des Fiscus [*d*]. Die Zölle wurden häufig an gewisse Personen oder Compagnien (publicanos) verpachtet [*e*], welche dann wieder andre als Gesellschafter annahmen, und ihre Einheber (magistros) und Auflaurer (stationarios) unter sich hatten [*f*]. In der Regel wurden alle Personen, selbst Weiber, zu solchen Pachtungen gelassen [*g*], nur nicht Soldaten, in Rückstand gebliebene Zollpächter, Staatsschuldner, welche keine Sicherheit leisten können, Vormünder vor abgelegter Rechnung, Haussöhne, und Juden [*h*]. Zur Annahme einer solchen Pachtung wird aber im Ganzen Niemand gezwungen [*i*].

§. 337.

Strafe des Betrugs der Erheber der Zölle.

Um der Betrügerey der Zöllner zu steuern, gestattete der Prätor eine vermischte Klage (§. 65.) aufs Doppelte im Fall eines widerrechtlich genommenen Zolls, wodurch jedoch, wenn die Erpressung zugleich ein andres Verbrechen enthielt, die gewöhnlichen Pönal-Klagen nicht ausgeschlossen waren [*k*]. Diese ungenannte prätorische Klage kann zwar von den Erben [*l*], aber nach Römischem Recht nicht gegen die unbereicherten Erben angestellt werden [*m*], welches jetzt wegfällt (§. 68.), und zwar nicht bloſs wegen eines Betrugs des Zöllners, son-

[*d*] Tit. C. de exactor. tributor. (10. 19.) Tit. C. de executor. et exactor. (12. 61.) Tit. C. de susceptor. praepos. et aerar. (10. 70.) Tit. C. de quaestor. et magistr. offic. (12. 6.) Tit. C. de offic. comit. sacr. larg. (1. 35.) Burmann l. c. cap. 8.

[*e*] L. 13. §. 1. de publican. (39. 4.).

[*f*] L. 2. C. de curios. et stationar. (12. 23.).

[*g*] L. 47. de publican. (39. 4.).

[*h*] L. 9. §. 2. 3. eod. L. un. C. quib. ad cond. praed. fisci acced. non lic. (11. 72.) cap. pen. x. de Iudaeis (5. 6.).

[*i*] L. 3. §. 6. de iure fisci (49. 14.) L. 4. C. de susceptor. (10. 70.) L. 11. §. ult. de publican. (39. 4.).

[*k*] L. 1. pr. L. 3. L. 12. pr. de publican. (39. 4.).

[*l*] L. 13. §. ult. eod.

[*m*] L. 4. pr. L. 16. §. 13. eod.

dern auch der Familie und Diener desselben [n]. Gegen mehrere Zöllner geht sie zunächst nur pro rata; doch haften alle, und deren Bürgen, subsidiarisch wegen des Ganzen [o]. Wird das widerrechtlich Erhobene vor angestellter Klage zurückgegeben, so erlischt diese [p].

§. 338.

Strafe der Defraudation der Zölle.

Alles zu verzollende mufs, selbst im Fall einer besondern Befreyung, bey dem Ein- oder Ausgange der Behörde angezeigt werden. Geschieht diefs nicht, und zwar arglistig, so ist die Waare nebst dem Fahrzeuge der Zollstelle verfallen [q], und kann von dem Defraudanten, und jedem dritten Besitzer, und insofern denn auch von den Erben vindicirt werden [r]; wird es hingegen aus Versehen unterlassen, so ist der doppelte Zoll zu erlegen [s]; geschah es aber ohne alle Schuld, so treten keine Strafen ein [t]. Wird die verfallene Sache (commissum) arglistig vernichtet, so kann deren Werth gefodert werden [u]. In einigen Fällen treten aber jene Strafen nicht ein, nämlich 1) wenn die verwirkte Sache durch Zufall untergeht [x], oder 2) die Confiscation nicht innerhalb 5 Jahren gefodert ist [y]; ferner 3) wenn der Defraudant ein Unmündiger ist, und in 30 Tagen den Zoll nachzahlt oder 4) ein Soldat oder Minderjähriger ohne Arglist [z]. 5) Wenn die Zöllner und deren Diener selbst zur Verheimlichung reizten [a]. Haben übrigens die Zöllner angegebene Sachen frey passiren lassen, so tragen sie den Schaden [b].

§. 339.

Befreyung von Zöllen.

Gewisse Personen und Sachen sind nach gemeinem Recht von Waarenzöllen befreyt, doch fällt diefs Privilegium in dem Fall einer

[n] L. 1. pr. §. 5. L. 3. pr. L. 12. §. 1. 2. eod.

[o] L. 6. eod. L. 46. §. ult. de iure fisc. (49. 14.) L. 11. 13. ad municipal. (50. 1.).

[p] L. 1. L. 5. de publican. (4. 39.).

[q] L. 8. L. 11. §. 2. L. 16. §. 11. de publican. (39. 4.). L. 4. §. 1. L. 16. §. 3. eod.

[r] L. 8. pr. L. 11. §. 3. L. 13. L. 14. eod.

[s] L. 16. §. 5. 10. eod.

[t] L. 4. §. 11. L. 16. §. 8. eod.

[u] L. 2. C. eod. (4. 61.)

[x] L. 2. C. cit.

[y] L. 2. C. cit.

[z] L. 3. C. eod. L. 9. §. pen. de minor. (4. 4.) L. 7. §. 1. L. 16. §. 9. de publican. (39. 4.).

[a] L. 16. §. 6. eod.

[b] L. 16. §. 12. eod.

öffentlichen Bedrängniſs, oder wenn der Zoll eine Vergütung in sich begreift, wieder weg [c]. Ausgenommen sind a) der Fiscus [d]; b) alle zu den deutschen Reichs- und Kreis-Versammlungen, und zu den Reichsgerichten gehörenden Personen und deren Diener [e]; c) Geistliche [f]; d) Professoren, Doctoren und Studierende nach der, durch die Gesetze [g] freilich wenig unterstützten Meynung der mehrsten Praktiker [h]; e) Auswärtige Gesandten in Rücksicht des Ausfuhr-, nicht des Einfuhrzolls [i]; f) alle zum eignen Gebrauch [k]; oder g) für Armeen bestimmten Sachen [l]; h) Waaren, welche der Nothwendigkeit wegen gelandet wurden [m]. Häufig hält man auch noch i) die auf Jahrmärkte gebrachten, oder darauf erhandelten Waaren für ausgenommen [n]. Allein das Gesetz worauf man sich beruft [o], sagt davon kein Wort [p].

§. 340.

Erhebung der Steuern.

Die ausgeschriebenen Steuern müssen in der Regel von einem jeden gezahlt werden. Nur die Privat-Güter des Regenten sind von auſserordentlichen [q], und geistliche Güter von allen Grundsteuern ausgenommen [r]. Der Betrug der Schuldner und Erheber wird auch hier gestraft [s]. Privat-Verträge, wodurch die Grundsteuern verlegt werden, sind so null und nichtig, daſs nicht einmal unter den

[c] L. 7. C. de SS. eccl. (1. 5.) L. 17. C. de oper. publ. (8. 12.) L. 4. C. de priv. dom. (11. 74.) L. 4. 5. 10. 13. C. de annon. et trib. (10. 16.) Mevius P. 6. D. 127.

[d] L. 9. §. 8. de publican. (39. 4.)

[e] I. R. A. §. 135. W. C. §. 6. 24—31.

[f] cap. 4. de cens. in 6. (3. 20.).

[g] Auth. Habita C. ne fil. pro patre (4. 13.) L. 6. C. de vectigal. (4. 61.).

[h] Stryk U. M. L. 39. T. 4. §. 11.

[i] L. 8. C. de vectigal. (4. 61.)

[k] L. 5. C. eod. L. 4. §. 1. de publican. (39. 4.).

[l] L. 4. §. 1. L. 9. §. 7. eod.

[m] L. 15. L. 16. §. 8. eod.

[n] Klock de contr. cap. 3. n. 8.

[o] L. un. C. de nundin. (4. 60.).

[p] Müller ad Leyser Obs. 942.

[q] L. 2. de collat. fund. patrim. (11. 73.) L. 1—5. C. de privil. dom. aug. (11. 74.).

[r] Auth. Item nulla commun. C. de episc. et cleric. (1. 3.) cap. 4. de cens. in 6. (3. 20.) Boehmer ius paroch. S. 5. c. 3.

[s] L. 2. 6. C. de censib. (11. 57.).

Contrahenten daraus Verbindlichkeiten entspringen [t]; doch kann allerdings auf eine, die Contrahenten unter sich bindende Weise der eine die Bezahlung der Steuern übernehmen, für welche der andre dem Fiscus verpflichtet bleibt [u].

Zweyter Theil.

Polizey-Recht.

§. 341.

Begriff. Der Begriff des Polizey-Rechts, worunter nach der Etymologie eigentlich das ganze Regierungsrecht verstanden werden sollte, aus welchem man aber nach und nach einzelne Theile unter einen besondern Namen, nämlich das Criminal-, Cameral- und Finanz- und Procefs-Recht, herausgerissen hat, läfst sich eben deswegen nur negativ dahin definiren: es begreift alle denkbaren Arten der Regierungsgesetze mit Ausnahme der vorhin genannten.

§. 342.

Theile. Die Lehre von den deutschen gemeinen und particulairen Polizey-Gesetzen bleibt im Vortrage über die Pandekten ausgeschlossen. Nur das Römische Recht gehört hieher; doch müssen hier gleichfalls viele, theils antiquarische, theils in andre dogmatische Collegien eingreifende Materien, wie z. B. die Gesetze über militairische und kirchliche Verfassung, über Schauspiele, Polizey-Vergehen, u. dgl. übergangen werden [a]. Manches läfst sich bequemer im Privat-Recht gelegentlich anbringen. Was vor allen Dingen hieher

[t] L. 1. C. sine cens. vel reliqu. (4. 47.) I. T. Richter de pact. quo quis fund. sine trib. hab. vel alienat. prohib. Lips. 1771. G. S. Madihn progr. de virtute convent. qua fundi vendit. tribut. in vend. transf. Trai. ad V. 1778. A. M. ist Carpzov P. 2. C. 31. D. 21. und zum Theil Cocceii I. C. L. 18. T. 1. qu. 16.

[u] L. 52. §. 2. de pact. (2. 14.).

[a] Einiges über die Polizey-Gesetze der Römer enthält B. L. F. Arnold D. de leg. Rom. quae politiam spectant usu hod. Goett. 1800.

gehört, ist die Lehre von dem Schutz, unter welchen der Staat die, eines Vorgesetzten bedürfenden Personen gestellt hat. Die Lehre von der väterlichen Gewalt und den Vormundschaften erschöpft alles dahin gehörende.

Erster Abschnitt.

Ueber die väterliche Gewalt.

§. 343.

Einleitung.

Die Lehre von der väterlichen Gewalt erfodert die Beantwortung der vier Fragen: welches ist die Natur der väterlichen Gewalt, und welche Rechtsverhältnisse werden dadurch begründet [*b*]? Wie entsteht? wie erlischt sie? und wie wird sie wieder hergestellt?

Erste Abtheilung.

Natur der väterlichen Gewalt und rechtliche Folgen derselben.

§. 344.

Begriff der väterlichen Gewalt.

Die Römischen Gesetze sind von der Grundidee ausgegangen, daſs der Vater ein Imperium über seine Kinder habe, d. h. dafs er mit seiner Familie in eben dem Verhältniſs, wie der Regent zum Bürger, stehe [*c*]; doch ist dieses Recht so mannigfaltig erweitert und beschränkt, daſs sich jetzt das Verhältniſs zwischen Vater und Sohn nicht mehr durch ein einfaches Merkmal charakterisiren läſst [*d*]. Die Folgen desselben sind erschöpfend angegeben, wenn man die

[*b*] S. überh. G. A. Enenkel Tr. de privil. parent. et lib. Tub. 1618. 4. P. Paschalis de viribus patr. potest. Uratisl. 1672. Fol. G. A. Renz D. mixtura iur. Rom. et germ. in mat. patr. potest. Tub. 1735.

[*c*] Aus dem Eigenthum wird die väterliche Gewalt abgeleitet von Bynkershoek de iure occid. vendend. et expon. liber. ap. vet. Rom. (op. T. II.). Robert de Bynkershoekii eiusque contraria Gebaueri doctrin. de p. p. R. aut. Marb. 1782. Allein s. Gebauer Diss. II. de patr. potest. 1750. 1751. (Ex. T. 1.). I. C. Iensen de patr. Rom. potest. Kil. 1784. Robert kl. jur. Abh. S. 19—23. Günther de patr. vet. Rom. potest. ex iure dom. non repetend. Lips. 1786.

[*d*] Lib. 215. de V. S. (50. 16.).

zwey Fragen beantwortet: welche Rechte begründet es zwischen Vater und Sohn? und in welchem Verhältnifs stehn beide zu andern? Alles was hierüber zu sagen ist, mufs aus dem Römischen Rechte entlehnt werden; denn kein gemeines einheimisches Reichsrecht ändert die Vorschriften des ersten [e].

§. 345.

Eintheilung der Rechte des Vaters.

In Betreff der ersten Frage mufs man wieder die Rechte, welche Vater und Sohn als solche haben, von denen, welche nur eine Folge der bestehenden väterlichen Gewalt sind, wohl von einander unterscheiden. Jene pflegen die, nach deren Ideen die väterliche Gewalt schon im Naturrecht gegründet ist, die natürliche, diese die bürgerliche väterliche Gewalt zu nennen.

§. 346.

Arten der Kinder.

Die Rechte der ersten Art stehen zuweilen auch Eltern und Kindern zu, welche nie durch väterliche Gewalt verbunden waren. In dieser Hinsicht ist es vorläufig wichtig, die verschiedenen Arten der Kinder zu unterscheiden. Diese sind entweder 1) legitimi, wenn sie zur gehörigen Zeit (§. 366.) aus einer wahren Ehe erzeugt sind, wohin man juristisch auch die, durch bürgerliche Institute (Legitimation und Adoption) in dasselbe Verhältnifs gebrachten Kinder zählen mufs. 2) Illegitimi. Diese sind entweder a) naturales, wenn sie aus dem, bey den Römern tolerirten, aber jetzt aufgehobenen Concubinat, wobey Kinder und Mutter am Stande des Vaters und Mannes nicht Theil nahmen, und die Kinder der Mutter folgten [f], erzeugt sind [g]; wiewohl man jetzt häufig alle, nicht aus Ehebruch oder Blutschande erzeugten unehelichen Kinder naturales nennt [h]; oder b) Spurii, wenn der

[e] A. M. sind C. Thomasius de usu iur. patr. Rom. sec. mores Germ. et ius Boruss. revisum. Hal. 1694. I. F. Eisenharth bes. Rechtsfälle. 1. B. n. 9. Allein s. Pufendorf T. 1. Obs. 98. F. A. Hommel de usu hodierno patr. pot. Rom. Lips. 1732. Cocceii I. C. L. 1. T. 6. qu. 20. et Emminghaus ibid.

[f] Tit. P. de concubin. (25. 7.) R. A. v. 1548. Tit. 25. v. J. 1577. Tit. 26. Thomasius D. de concubinatu. Hal. 1713. G. Z. Winkler de genuino concub. ex mente leg. Rom. conc. Lips. 1744.

[g] Tit. C. de nat. lib. (5. 27.) Nov. 89.

[h] I. S. Stryk de liberis natural. Hal. 1700.

Beyschlaf außer der Ehe, aber mit keiner feilen Person, und zwar einer solchen, welche man damals hätte heirathen können; c) vulgo quaesiti, wenn er mit einer, sich mehreren Männern preis gebenden Person geschah [*i*]; d) adulterini, wenn die Kinder mit einer Ehebrecherinn im Ehebruch; e) incestuosi, wenn sie aus einer Blutschande gezeugt wurden. Die letzten werden auch ex coitu damnato progeniti genannt [*k*]. Uebrigens ist es die höchste Willkühr, wenn die Praxis fast allgemein den spuriis die Rechte der naturalium im Sinn der Römer beylegt [*l*]; dafür lassen sich aber entscheidende Gründe anführen, daſs Kinder im Zweifel für legitime anzusehen sind [*m*], und daſs man den Brautkindern in dem einen Fall, aber nicht weiter [*n*], die Rechte ehelicher Kinder einräumen muſs, wenn die Widerspänstigkeit des, zur Ehe verurtheilten Vaters die Eingehung derselben hinderte [*o*].

§. 347.

I) Verhältniſs des Vaters zu den Kindern 1) als Vaters. A) Pflicht zu alimentiren.

Die erste Pflicht des Vaters ist, seinen ehelich gebornen, und den, unter seiner Gewalt befindlichen bürgerlichen Kindern den Unterhalt zu reichen, und zwar nicht bloſs so weit es nöthig ist, ihnen das Leben zu fristen (alimenta naturalia), sondern ihrem Stande und seinem Vermögen gemäſs (alimenta civilia); jedoch das letzte nur insofern, als sie nicht wider seinen Willen, auf unerlaubte Art, sich eine gewisse Lebensart wählen [*p*]. Nächst dem Vater ist die wohlhabende Mutter (und bey unehelichen Kindern allein) dazu verbunden [*q*], und dann folgen die legitimen väterlichen Ascendenten [*r*], nächst diesen

[*i*] L. 23. de stat. hom. (1. 5.).

[*k*] Vergl. Nov. 89. c. 15. mit Nov. 12. pr. cap. 1.

[*l*] Pufendorf T. 1. Obs. 89. T. II. Obs. 49. Struben 1. B. 48. Bed.

[*m*] Leyser Sp. 613. m. 9. Stryk l. c. cap. 1. n. 48 – 52. A. M. ist Boehmer I. E. P. L. 5. T. 11. §. 11.

[*n*] A. M. war oft Praxis und Theorie Koch succ. ab intest. §. 27. Müller ad Leyser Obs. 82.

[*o*] Hagemann und Günther Archiv. 4. Thl. S 177. fgg.

[*p*] L. 4. 5. de agn. vel al. lib. (25. 3.) C. G. Eisenstuck quae iura in alend. et educand. lib. secund. statum natural. et civil. obtin. Lips. 1794. C. G. Ehrenberg de aequali parentum auxilio. Lips. 1725. c. 2. §. 3.

[*q*] L. 5. §. 4. 6. eod. Nov. 117. cap. 7. Voet L. 25. T. 3. §. 6. 7.

[*r*] L. 5. §. 2. 5. L. 8. l. c.

die mütterlichen ehelichen Ascendenten [s], und sodann eheliche Geschwister und naturales im Sinn der Römer [t]. Umgekehrt haben die Ascendenten, welche Alimente geben müssen, das Recht, sofern sie arm sind, von ihren Descendenten dergleichen zu fodern [u]. Hierauf beruht denn auch die, den Verwandten eingeräumte Wohlthat der Competenz [x]. Uebrigens nimt man fast allgemein an, daſs Kinder, welche Alimente erhalten, dafür zu häuslichen Diensten verpflichtet sind [y], und daſs der Alimentgeber verlangen kann, das Kind unter seinen Augen erziehen zu lassen [z]. Das Recht, die Kinder auszusetzen, kann natürlich mit jenen Grundsätzen nicht bestehen [a].

§. 348.

Fortsetzung.

Die Pflicht der Väter zur Alimentation findet nach Römischem Recht nur in Betreff der legitimen Descendenten und Concubinen - Kinder, sofern diese keine incestuosi sind, statt [b]; nach Kanonischem Recht aber auch in Betreff der adulterinorum [c]. Die Praxis hat durch einen analogischen Schluſs aus der letzten Bestimmung, und dadurch, daſs sie den Römischen Ausdruck: naturales, miſsverstand, dem Vater überhaupt die Pflicht aufgelegt, unehelichen Kindern aller Art die natürlichen Alimente vor der Mutter zu geben [d]; nur darf der Vater durch die Concurrenz mehrerer Concumbenten nicht ungewiſs seyn [e],

[s] Nov. 117. c. 7.

[t] L. 13. §. 2. de admin. et peric. tut. (26. 7.) L. 1. §. 2. de tutel. et rat. distr. (27. 3.) L. 4. ubi pupill. educ. vel mor. (27. 2.) Nov. 89. c. 12. §. 6. Sande de singulari fratrum iure §. 20. fgg. Meine Versuche 1. B. n. 12. A. M. ist noch jetzt Weber in den Noten zu Höpfner §. 105. not. 2.

[u] L. 5. §. 1. 2. 13. 17. h. t. (25. 3.) L. 5. C. de patr. potest. (8. 47.).

[x] Vergl. oben §. 107.

[y] Harprecht de operis lib. quas suis parent. deb. et praestant. Idem de salario pro operis lib. praestand. (beide in dessen Diss. Vol. 1. n. 1. 2.) Leyser Sp. 17. m. 2. Müller ad Leyser Obs. 88. Faber Err. pragm. D. 41. Er. 8. Struben 3. B. 49. Bed.

[z] I. G. Bauer de patre ad lib. qui bona habent alendor. oblig. §. 7 — 9. (op. T. 1. n. 4.).

[a] L. 4. h. t. (25. 3.).

[b] L. 5. §. 1. 6. h. t. (25. 3.) Nov. 89. c. 12. 15. vergl. mit Nov. 12. pr. c. 1.

[c] Cap. 5. X. de eo qui duxit quam poll. (4. 7.)

[d] Carpzov P. 4. C. 27. D. 5. Stryk U. M. L. 25. T. 3. §. 2.

[e] G. I. Lindner de oblig. alendi liberos illegitimos. Alt. 1796. §. 17. 18.

wiewohl manche in dem Fall, wenn die Mutter zur Ernährung des unehelichen Kindes nicht fähig ist, den mehreren Concumbenten verhältnifsmäfsig die Pflicht der Alimentation auflegen [*f*]. Für die Behauptung vieler, dafs man von entfernteren Ascendenten dasselbe verlangen könne [*g*], gibt es um so weniger einen Grund, da es Regel ist, dafs Niemand unter dem Verbrechen eines Dritten leiden darf [*h*].

§. 349.

Anfang derselben.

Mit dem Augenblick des Bedürfnisses fängt die Verpflichtung zur Alimentation an. Dafs der Vater zur Alimentation des Kindes in den ersten 3 Jahren nichts herzugeben brauche, läfst sich nicht behaupten, sondern nur soviel, dafs wenn die Mutter das Kind solange säugt, die hiedurch ersparten Nahrungsmittel vom Vater nicht herbeyzuschaffen sind [*i*].

§. 350.

Wegfallen derselben.

Die Verpflichtung, Kindern die Alimente zu geben, fällt weg, a) wenn sie sich von den Früchten ihrer eignen Sachen, oder ihren Arbeiten selbst erhalten können [*k*]. Haben Vater und Mutter in einer solchen Lage dennoch von dem Ihrigen die Alimente gegeben, so können sie es unter der Verwahrung thun, sie wiederfodern zu wollen. Unterlassen sie diefs, so wird von ihrer Seite eine Schenkung vermuthet, nicht aber von andern Verwandten [*l*]. Es versteht sich jedoch von selbst, dafs der, welcher Alimente geben mufste, sie nachher, wenn der Alimentar zu Vermögen kommt, nicht als freywilliger Geschäftsführer, noch aus den Gründen, warum Schenkungen widerruflich

[*f*] Ehrenberg l. c. cap. 1. §. 3.

[*g*] Wernher P. 1. Obs. 134. Stryk l. c. §. 3. I. C. Rüdinger de avo paterno ad alimenta nepoti illegit. praestanda obligato.

[*h*] G. L. Menken de avo patern. ad alimenta nepoti illegit. praest. non obligat. (in op.). Quistorp Beytr. 1. B. n. 5. Deswegen unterstützt denn auch L. 6. de collat. (37. 6.) die Meynung der Gegner nicht.

[*i*] L. 9. C. de patr. pot. (8. 47.) Bauer l. c. §. 6.

[*k*] L. 5. §. 7. h. t. (25. 3.) L. ult. §. 4. 5. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Bauer l. c. §. 13. fgg.

[*l*] L. 34. de negot. gest. (3. 5.) L. 11. C. eod. (2. 19.) L. 50. famil. hercisc. (10. 2.). Müller ad Leyser Obs. 583.

sind, zurückfodern kann [m]; b) wenn der Alimentar stirbt, oder c) sich eines groben Verbrechens schuldig macht [n]; doch pflegt man hier den Alimentar nur der bürgerlichen Alimente für verlustig zu erklären [o]; d) wenn der, zur Alimentation Verpflichtete stirbt. Nur auf die Erben des Sohnes geht dessen Verbindlichkeit über, sofern der Vater sehr verarmt ist [p].

§. 351.

B) Recht auf Ehrfurcht.

Das Verhältnifs zwischen Vater und Kindern erzeugt ferner die Verbindlichkeit der letzten, ihrem Vater eine besondere Ehrfurcht zu beweisen [q]. Verbrechen gegen den Vater werden daher besonders hart bestraft [r]; die Kinder dürfen ihn in der Regel weder peinlich anklagen [s], noch durch eine beschimpfende Klage in Anspruch nehmen [t]; und selbst da, wo sie klagen dürfen, den Vater nicht ohne Erlaubnifs vor Gericht ziehen [u].

§. 352.

Rechte der Mutter.

Auf die bisher erwähnten Rechte des Vaters hat auch die Mutter Anspruch [x]; die folgenden Vorrechte der väterlichen Gewalt stehen aber nur allein Männern, niemals Weibern zu [y]. Deutsche Statute haben freilich das mütterliche Ansehn häufig erweitert. Es läfst sich aber hier darüber nichts sagen,

[m] L. 11. L. 13. C. de neg. gest. (2. 19.). Berger elect. disc. for. L. 1. P. 15. §. 1. A. M. sind G. L. Winkler de revocatione subsidii paterni. Lips. 1794. Hellfeld iur. for. §. 1290.

[n] L. 5. §. 11. h. t. (25. 3.).

[o] Voet eod. §. 18. Stryk eod. §. 7.

[p] L. 5. §. 2. 17. eod. Viel weiter gehen in Betreff der Erben des Vaters unehelicher Kinder: Quistorp peinl. R. 1. B. §. 482. Derselbe Beytr. 1. B. n. 5. Lindner l. c. §. 25.

[q] L. ult. de obsequ. patr. et par. (37. 15.).

[r] §. 6. I. de publ. iud. (4. 18.) L. 9. ad L. Pomp. de parricid. (48. 9.).

[s] Arg. L. 17. C. de his qui acc. non poss. (9. 1.).

[t] L. 11. §. 1. de accus. (48. 2.) L. 11. de dolo malo (4. 3.).

[u] L. 4. §. 1. de in ius voc. (2. 4.).

[x] L. 4. de curator. furios. (27. 10.). N. C. Lynker de matris potestate in liberos. Ien. 1688. und 1728.

[y] L. 4. de his qui sui vel al. iur. (1. 6.) §. 3. I. de patr. potest. (1. 9.) §. 10. I. de adopt. (1. 11.) L. 4. C. de patr. pot. (8. 47.). Noodt in Jul. Paul. cap. 7. Püttmann prob. c. 10.

weil kein gemeines Deutsches Recht in dieser Materie vom Römischen abweicht [z].

§. 353.

2) Folgen der väterlichen Gewalt. A) Einheit der Person.

In Ansehung des Verhältnisses zwischen Vater und Sohn bewirkt die väterliche Gewalt, 1) dafs beide in privatrechtlicher Hinsicht [a], mit Ausnahme der besondern Fälle, da der Sohn auch in diesem Betracht für selbstständig erklärt ist [b], als Eine juristische Person angesehen werden [c]. Folgen hievon sind, A) dafs zwischen beiden in der Regel, die Fälle, da beide sich vermöge eines gesetzlichen Gebots etwas geben können oder müssen, abgerechnet [d], keine bürgerlich vollgültige Verträge geschlossen werden können, so wie zwischen Geschwistern, welche das Band der väterlichen Gewalt vereinigt [e]; jedoch entstehen aus diesen Verträgen nach aufgehobener väterlicher Gewalt Einreden [f], auch kann der Vater sich gültig für eine Verbindlichkeit des Haussohns Bürgen bestellen lassen, nicht aber umgekehrt [g]. Stirbt aber der Vater nach einer Schenkung, so convalescirt dieselbe, sofern sie gesetzmäfsig war, rückwärts durch dessen Tod [h]. In Deutschland, wo kein gemeines Recht von den Grundsätzen der Römer über die Einheit der Person ab-

[z] A. M. ist Rothhahn de potestate materna. Goett. 1772. Allein s. Höpfner Comm. §. 103.

[a] L. 9. de his qui sui vel alien. iur. (1. 6.). Bynkershoek Obs. L. 1. C. 18.

[b] L. 8. pr. de procurat. (3. 3.) Mehrere Ausnahmen werden gelegentlich vorkommen.

[c] L. ult. C. de impub. et alior. subst. (6. 26.). Alteserra de fict iur. L. 1. c. 10. 15. Ruppenthal de unitat. personae inter patr. et filium. Goett. 1795. Abweichend sind A. F. Rivinus de figmento fictionis unitatis personae inter patr. et filium. Viteb. 1760. I. L. T. F. Brunsig D. de unitat. pers. quae iur. Rom. int. patremfam. et lib. interced. Goett. 1795.

[d] Beyspiele geben die dos L. 3. §. 5. de minor. (4. 4.) L. 16. de religios. (11. 7.) und die peculia militaria.

[e] L. 11. C. de donat. (8. 54.) L. 2. de contr. emt. (18. 1.) L. 7. de O. et A. (44. 7.).

[f] L. 38. de cond. indebit. (12. 6.). C. van Eck D. de sept. LL. damnat. Pand. cap. 3. (Meermann Thes. Suppl. p. 577. fgg.). Cocceii I. C. L. 12. T. 6. qu. 6. Weber über die nat. Verb. §. 87.

[g] L. 56. §. 1. de fideiuss. (46. 1.).

[h] L. 25. C. de donat. int. vir. et ux. (5. 16.).

weicht [i], hat man sehr häufig eine Entlassung aus der väterlichen Gewalt für einzelne Fälle (emancipatio particularis) eingeführt, um jene strengen Grundsätze zu mildern [k]. Eine fernere Folge ist, B) daſs der Haussohn die väterliche Erbschaft als sui heres durch keine Handlung zu erwerben braucht [l]; ferner, C) daſs der Sohn nicht wider den Vater klagen kann, sofern ihm nicht die Gesetze wegen auſserordentlicher Umstände eine Klage gestatten [m]; endlich, D) daſs keiner bey dem Testament des andern, oder bey dem Testament, worin der andre zum Erben eingesetzt werden soll, Zeuge seyn kann [n].

§. 354.

B) Erziehungsrechte.

Der Vater hat 2) die Befugniſs, für die Erziehung der Kinder zu sorgen, und sie in seiner Religion unterrichten zu lassen; doch dauert dieſs Recht im Fall einer Religions-Ungleichheit der Aeltern nur bis zu den Unterscheidungsjahren der Kinder [o], auch bleibt der Vater, welcher den Sohn widernatürlich erzieht, der Polizeygewalt unterworfen [p]. Selbst über den Tod des Vaters hinaus äuſsert sich dieser Schutz durch Vormundsernennungen und Pupillar-Substitutionen [q]; auch kann man es als eine, freilich sehr ausgedehnte Folge hievon ansehen, daſs Kinder nicht ohne Einstimmung des Vaters heirathen dürfen [r]. Das Recht über Leben und Tod ist dem Vater ganz genommen. Nur wegen häuslicher Vergehen kann er die Kinder mit Ausschluſs des Richters gelinden Disciplinar-Strafen unterwerfen, oder diese nach seinem Willen vom

[i] Medit. üb. versch. Rechtsm. 3. B. n. 132. Höpfner Comm. §. 104.

[k] Struben 2. B. 68. Bed. Müller ad Leyser Obs. 106.

[l] L. 7. §. 1. de acquir. vel omit. her. (29. 2.) §. 3. I. de her. quae ab int. (3. 1.).

[m] L. 92. de cond. et dem. (35. 1.) L. 5. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.) cap. 11. X. de sponsal. (4. 1.).

[n] §. 9. 10. I. de testament. (2. 10.).

[o] F. A. Dürr de potest. patr. circ. relig. liberor. Mog. 1755. Struben 1. B. 144. Bed.

[p] vergl. hier Leyser Sp. 17. m. 4. 5. mit C. G. Ehrenberg de aequali parentum auxilio. Lips. 1723. cap. 2. §. 3. Frommann D. de SCto Macedon. §. 51. Berger Oec. iur. L. 1. T. 3. c. 15. n. 8. Müller ad Leyser Obs. 90. Lauterbach coll. L. 14. T. 6. §. 25.

[q] §. 3. I. de tutel. (1. 13.) Tit. I. de pup. subst. (2. 16.).

[r] pr. I. de nupt. (1. 10.).

Magistrat vollstrecken lassen [s], wobey denn auch verdiente Zuchthausstrafen nicht ausgeschlossen sind [t]. Bey öffentlichen Verbrechen ist natürlich die Gewalt des Richters ungebunden.

§. 355.

C) Selbstnützige Rechte.

Dem Vater stehen 3) vermöge seiner Gewalt mehrere selbstnützige Rechte gegen den Sohn zu. Das Recht, die Kinder zu verkaufen, fällt jetzt weg, einen einzigen Fall ausgenommen, wo jedoch die Kinder dennoch frey bleiben [u]. Verpfändungen der Kinder finden daher auch nicht statt [x]. Nur in Betreff des Vermögens der Kinder, welches ursprünglich dem Vater unbedingt zufiel [y], hat derselbe noch manche wichtige Vorrechte. Dieſs führt denn auf die Lehre von den Sondergütern der Kinder [z].

§. 356.

Von dem peculio des Sohnes.

Es gibt zwey Hauptarten der Peculien, nämlich das peculium militare, und paganum. Das erste theilt man wieder in castrense und quasi castrense; das zweyte in profectitium und adventitium. Das Adventitium zerfällt wieder in regulare und irregulare. Bey jeder Art kommt es erst auf den Begriff, und dann auf die rechtlichen Folgen an.

§. 357.

a) Castrense.

Was peculium castrense sey, läſst sich nicht definiren. Es gehören dahin a) alle, von Verwandten und Freunden dem, den Kriegs-

[s] L. 3. L. ult. C. de patr. potest. (8. 47.) arg. L. 11. §. 1. de poenis (48. 19.).

[t] E. I. F. Mantzel de iurisd. domestica. Rost. 1724. §. 34. Leyser spec. 17. m. 3. A. M. ist Weber in d. Not. zu Höpfner §. 102. not. 3.

[u] L. 1. L. 2. C. de patr. qui fil. suos distr. (4. 43.). Huber Digr. L. 2. c. 5. Datt de vendit. liberor. (Meermann Thes. T. 2.).

[x] L. 5. quae res pign. vel hyp. (20. 3.).

[y] §. 1. I. per quas pers. cuique acqu. (2. 9.).

[z] Schriften. Ueber die Geschichte der Peculien: Galvan de usufr. c. 7. H. F. Schorch de orig. et divers. pecul. Erf. 1740. C. Rau hist. iur. civ. de pecul. Lips. 1770. Dogmatische: W. A. Lauterbach D. ad Tit. D. de pecul. Carrach Differ. iur. Rom. et germ. in pecul. imprim. filiorfam. Hal. 1745. S. Stryk de obligatione filiifamilias. Regimont. 1708.

dienst anfangenden, geschenkten beweglichen Sachen [a]; b) alle durch den Kriegsdienst erworbenen beweglichen und unbeweglichen Sachen, wohin auch Geschenke und Erbschaften von Cameraden derselben Garnison, sofern das Erbrecht sich nicht auf ein, vor der Cameradschaft errichtetes Testament gründet, gehören [b]; c) alles, was ein Soldat von seiner Frau als Erbe, nicht aber was er von ihr als Legatar erhält [c]. Was ihm sonst geschenkt ist, wird nicht peculium castrense, selbst wenn er es unter dieser Bedingung erhalten haben sollte [d]. Endlich d) alles, was mit castrensischen Sachen angeschafft ist [e]. Gehören Kriegslehen unter die bisher genannten Fälle, so sind sie peculium castrense; sonst aber im Zweifel profectitium oder adventitium [f].

§. 358.

Fortsetzung.

Der Sohn ist voller Eigenthümer des peculii castrensis [g], und stellt in Rücksicht desselben, sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall, eine selbstständige Person vor, selbst im Verhältniſs zu dem Vater [h]. Das ehemalige Recht des Vaters, nach dem Tode des Sohnes dieſs peculium zu occupiren [i], fällt jetzt weg [k]. Nur insofern hat der Vater Rechte daran, daſs es ihm bey einer Confiscation des Vermögens des Sohnes verbleibt [l], daſs er einen Pflichttheil davon verlangen kann, wenn der Sohn nicht in der Lage ist, ein privilegirtes militairisches Testament

[a] L. 1. C. de castrens. pec. (12. 37.). Retes de castrens. peculio. (Meermann Th. T. 6.).

[b] L. 1. cit. L. 11. L. 16. §. 1. L. 19. pr. D. eod. (49. 17.).

[c] L. 8. L. 13. D. eod. Retes l. c. n. 10.

[d] L. 8. D. eod. L. 1. 4. C. l. c. Pauli Sent. rec. L. 2. T. 4. §. 3. Abweichend ist Stryk l. c. cap. 2. §. 6.

[e] L. 1. C. h. t. (12. 37.).

[f] A. M. ist Stryk l. c. §. 8.

[g] L. 15. §. 1. 2. L. 18. §. 1. L. 19. §. 3. de castr. pec. (49. 17.) L. 17. de manumiss. (40. 1.) L. 98. §. 3. de solut. (46. 3.). A. M. s. Cuiac recit. ad Leg. 44. de legat. 1. Retes l. c. cap. 6. Vergl. noch überh. Maiansii Disp. L. 1. c. 15. Lynker D. de iurib. pec. militar.

[h] pr. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 12.) L. 4. de iudic. (5. 1.) L. 15. §. 1. h. t. (49. 17.).

[i] L. 2. L. 14. pr. de castr. pec. (49. 17.).

[k] Nov. 118. Retes cap. 9. §. 8. Faber err. pragm. Dec. 33. Er. 5.

[l] L. 3. C. de bon. proscript. (9. 49.).

machen zu können [m], und dafs er da, wo der minderjährige Sohn eines Curators bedarf, diesen insofern vertrit [n]. Die Rechte des Sohnes hören auch nicht mit dessen Dienstentlassung [o], oder durch Uebergang in die Gewalt eines Andern auf [p]; doch kann ein, mit Verlust der Ehre cassirter Soldat nicht über sein militairisches Peculium testiren [q].

§. 359.

b) Quasi castrense.

Gewisse Sachen, welche nicht unter die Rubrik der castrensium gehören, sind später denselben gleichgesetzt, als ob sie wirklich castrenses wären. Diese nennt man peculium quasi castrense. Dahin gehören a) alle durch Ausübung eines öffentlichen Amtes erworbenen Sachen [r], mithin, da Privilegien nicht analogisch auszudehnen sind, weder das, was man als Privat-Bedienten des Regenten [s], noch das, was man durch Ausübung einer Wissenschaft erwirbt [t], noch auch das, was man zum Behuf eines öffentlicheen Amtes [u], oder zum Behuf der Wissenschaften von Jemand erhalten hat [x]. b) Alles, was ein Geistlicher auf irgend eine Art eigenthümlich (also nicht als profectitium vom Vater) erwirbt [y], und c) in Rücksicht des Dispositions-Rechtes alle, vom Regenten oder der Regentinn einem Kinde geschenkten Sa-

[m] Nov. 115. cap. 4. pr. Manche haben abweichende Ideen. Vergl. Retes cap. 3. n. 20. Stein von pflichtw. Test. §. 46.

[n] L. 7. pr. C. de curator. furios. (5. 70.) L. ult. §. 1. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Carpzov L. 5. Resp. 84. n. 7.

[o] pr. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 12.).

[p] L. 4. §. ult. de castr. pecul. (49. 17.).

[q] L. 26. §. 1. de testam. milit. (29. 1.).

[r] L. 7. C. de assessor. (1. 51.) L. un. C. de castr. omn. pal. pec. (12. 31.) L. ult. pr. C. de inoff. test. (3. 28.) L. ult. C. de castr. pecul. (12. 37.).

[s] Lauterbach coll. L. 15. T. 1. §. 14.

[t] A. M. ist I. G. Bauer de pecul. quasi castr. stud. §. 11. sqq. (op. T. 1. n. 3.).

[u] A. M. ist Boehmer ius D. L. 15. T. 1. §. 6. 7. Allein s. Cocceii eod. Tit. qu. 1.

[x] A. M. sind viele wegen L. 50. fam. herc. (10. 2.). Allein s. I. F. Richter de sumt. stud. ad pec. quasi castr. non pertin. Lips. 1752.

[y] Nov. 123. c. 19. Keine Ausnahme wollen hier zulassen: Enenckel de privil. parentum. cap. 10. n. 7. 33. Lauterbach coll. L. 15. T. 1. §. 15.

chen [z]. In andern Rücksichten sind Sachen der letzten Art dem castrensi nicht gleich gesetzt, und werden also bey der Confiscation des Vermögens des Sohns dem Vater nicht gelassen [a].

§. 360.

c) Profecticium. Alle übrigen Sachen heifsen, wenn sie durch eine freywillige, nicht von den Gesetzen gebilligte oder befohlene, Handlung, aus dem Vermögen des Vaters auf die Kinder übergingen, wohin der Fall, wenn sie den Kindern nicht für den Vater, sondern blofs aus Liebe zu demselben gegeben wurden, offenbar nicht gerechnet werden kann, peculium profectitium [b]; wurden sie auf irgend eine andre Art nicht durch ihre häuslichen Dienste [c], es sey nun aus dem Vermögen eines Dritten, oder nach gesetzlichen Vorschriften aus dem Vermögen des Vaters [d] von ihnen erworben, peculium adventitium [e]. Da der Begriff des adventitii negativ allgemein ist, so streitet dafür die Vermuthung [f].

§. 361.

Fortsetzung. Am peculio profectitio behält der Vater das Eigenthum, und alle Nutzungsrechte, und der Sohn hat daran blofs eine precaire Administration [g]. Nur den Vortheil hat der Sohn, dafs es ihm verbleibt, wenn die Güter des Vaters confiscirt werden [h], oder ihm bey der Emancipation dasselbe nicht genommen ist [i].

[z] L. 7. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

[a] Andre rechnen sie mit Höpfner Comm. §. 428. Hofacker princ. T. 1. §. 513. schlechthin zum castrensi, quasi castrensi, oder adventitio irregulari. Aber alles Unbedingte ist hier falsch.

[b] §. 1. I. per quas person. cuiqu. acq. (2. 9.) L. 6. C. de bon. quae lib. (6. 61.). A. M. sind Höpfner §. 429. Hofacker §. 570.

[c] Denn was dadurch gewonnen wird, gehört dem Vater. §. 347.

[d] L. 3. §. 5. de minor. (4. 4.) L. 55. fam. herc. (10. 3.) L. 16. de religios. (11. 7.) L. ult. de dot. coll. (37. 7.).

[e] L. 1. 2. C. de bon. mat. (6. 60.) L. 4. 6. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

[f] Hofacker §. 571. Ueber die Ideen andrer Lauterbach coll. L. 15. T. 1. §. 21.

[g] §. 1. I. per quas personas (2. 9.) L. 7. pr. de donat. (39. 5.) L. ult. pr. de novat. (46. 2.).

[h] L. 3. §. 4. in fin. de minor. (4. 4.).

[i] L. 31. §. 2. de donat. (39. 5.) §. 20. I. de legat. (2. 20.).

§. 362.

d) Adventitium ordinarium. An dem peculio adventitio haben die Kinder die Proprietät, dem Vater stehen daran die Nutzungs- und Verwaltungsrechte zu [k]. Jene können daher nur mit Einwilligung des letzten solche Sachen veräufsern; doch dürfen sie auf keinen Fall darüber testiren, weil kein neueres Gesetz ihnen diefs gestattet [l]. Als Nutzniefser fallen dem Vater natürlich alle Früchte zu, aber nicht der Schatz [m]. Dafür trägt er aber auch alle Lasten [n]; doch braucht er keine Sicherheit zu bestellen, und kein Inventar zu errichten [o], wiewohl man ihm die Aufnahme einer Privat-Designation häufig zur Pflicht macht [p]. Als Verwalter führt er alle die Adventitien betreffenden Processe, und darf sie in gewissen Fällen veräufsern, jedoch beides, falls nicht von seinem ausschliefslichen Rechte die Rede ist, mit Zustimmung des mündigen Sohnes [q]. Die, durch Eingehung einer zweyten Ehe zu Adventitien gewordenen Sachen (§. 393.) darf der Vater auf keinen Fall veräufsern [r], die übrigen dagegen, und auch die mütterlichen Güter der Kinder [s], in einigen, jedoch nur allein in den drey Fällen, wenn Erbschaftsschulden oder Legate davon zu zahlen, oder wenn sie dem Ganzen lästig sind, also nicht des Nutzens wegen [t]. Er bedarf aber in diesen Fällen so wenig eines Decrets des

[k] L. 6. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

[l] L. 8. §. 5. C. eod. L. 25. §. 1. de mort. causs. don. (39. 6.) pr. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 10.).

[m] arg. L. 7. §. 12. solut. matr. (24. 3.).

[n] L. 1. C. de bon. matern. (6. 60.).

[o] Wernher P. 7. Obs. 18. Leyser Sp. 164. m. 3.

[p] Wesenbeccius P. 2. cons. 86. 91. Brunnemann ad L. 6. §. 2. de bon. quae lib. C. de episcop. aud. (1. 4.) A. L. Hombergk zu Vach de diverso iure patris in pecul. advent. pro divers. liber. aet. Marb. 1753. §. 11 — 13.

[q] L. 14. qui satisd. cog. (2. 8.) L. 8. §. 3. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Vergl. mit L. 30.

[r] Nov. 22. c. 24.

[s] A. M. ist Hommel Rhaps. Obs. 309. wegen L. 1. 2. C. de bon. mat. (6. 60.) L. 4. C. de bon. quae lib. (6. 61.), welche aber durch L. 8. C. eod. kraft des ganzen Inhalts derselben, zu restringiren sind. I. M. Ranniger C. an et quat. pater. pecul. adv. liberor. alienar. poss. Goott. 1797. §. 18.

[t] L. 8. §. 4. 5. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Ranniger l. c. §. 15. 16.

Magistrats [u], als es nöthig ist, daſs er namentlich für die Kinder veräuſsere [x].

§. 363.

Fort-setzung.

Das Recht des Vaters an den Adventitien erlischt a) nach der Meynung vieler, durch den Tod des, ohne erbfähige Descendenten gestorbenen Sohnes, nach welchem ihm jetzt nichts weiter, als Erbrechte mit den Brüdern übrig bleiben [y]. Ferner b) durch freywillige Emancipation; doch behält er dafür als Belohnung lebenslänglich die Hälfte des Nieſsbrauchs [z]. Man kann dieſs aber nicht auf die Fälle einer gezwungenen Emancipation, oder da die Gewalt ohne Emancipation, z. B. durch eignen Haushalt des Sohnes aufhört, ausdehnen [a]. Endlich c) durch Verwüstung der Adventitien [b]. In der Regel beraubt ihn dieſs aber nur der Administration. Der Nieſsbrauch geht bloſs in dem einen Fall auf den Sohn über, wenn der Vater eine, dem Sohn zu restituirende Erbschaft untreu behandelt [c].

§. 364.

e) Adventitium extraordinarium.

Ausnahmsweise hat der Vater in einigen Fällen nicht den Nieſsbrauch des adventitii. Dann nennt man es extraordinarium. Ist dieſs, so haben die Kinder darüber alle Rechte des Eigenthümers, nur nicht auf den Todesfall [d]; auch kann der Vater als Vormund ihre Stelle

[u] A. M. ist Ranniger l. c. §. 19. Allein L. 11. de reb. eor. (27. 9.) L. 3. C. de his qui ven. aetat. (2. 45.) gehören nicht für diesen Fall. Faber in C. L. 6. T. 34. Struben 2. B. 103. Bed. Wernher lect. c. L. 15. Tit. 1. §. 12.

[x] A. M. ist Ranniger l. c. §. 18. ohne Grund.

[y] Nov. 118. cap. 1. 2. hat hierin das ältere Recht der L. 7. §. 1. C. ad SCt. Tert. (6. 56.) L. 1. 3. C. de bon. matern. (6. 60.) eigentlich nicht aufgehoben. Vergl. Höpfner Comm. §. 431. not. 2. Glück v. d. Intestaterbf. §. 95. 121.

[z] §. 2. I. per quas pers. cuique acq. (2. 9.) L. 6. §. 3. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

[a] A. L. Hombergk zu Vach D. de bon. adv. liber. sui iur. restit. Marb. 1756. Müller ad Leyser Obs. 152.

[b] Wernher P. 2. Obs. 458. Brunnemann L. 15. T. 1. ad L. 4.

[c] L. 50. ad SCt. Trebell. (36. 1.). Höpfner Comm. §. 434. not. 4.

[d] Höpfner §. 466. not. 4. S. überh. F. Heusinger de iure pec. advent. extr. Isenac. 1751. G. A. Aldringen de bon. quae lib. in pot. const. extra

vertreten [e]. Die hieher gehörigen Fälle sind: a) der am Ende des vorigen §phen erwähnte Privations-Fall. b) Wenn ein Sohn zugleich mit dem Vater als Intestat-Erbe seines Bruders etwas erwirbt [f], oder c) mit Widerspruch des Vaters [g]. d) Wenn er es unter der Bedingung erwarb, daſs der Vater daran keine Rechte haben solle [h]. Von dem Pathengelde läſst sich vermöge der Natur desselben nicht behaupten, daſs es unter diese Rubrik gehöre, und es ist also im Zweifel adventitium ordinarium [i]; jedoch natürlich nur insofern, als es nicht aus dem Vermögen des Hausvaters kommt, weil dann das Eigenthum nicht auf den Sohn übergeht [k]. e) Wenn den Kindern zur Strafe des Vaters dessen Güter zufallen, weil er widerrechtlich die Ehe mit der Mutter aufhob [l]. f) Wenn der Vater, in Gemäſsheit gesetzlicher Vorschriften, den Kindern Sachen gibt [m]. Noch rechnet man g) den Fall hieher, wenn der Vater den Kindern die Früchte der Adventitien schenkt, aber offenbar irrig [n].

§. 365.

3) Klagen zwischen Vater und Sohn.

Vater und Sohn können ihre gegenseitigen Ansprüche auf dem rechtlichen Wege gegen einander geltend machen. Man unterscheide hier zwey Fälle: entweder ist die Hauptfrage, nämlich ob der Vater wirklich Vater sey, und die väterliche Gewalt habe, unbestritten, oder nicht. In letztem Fall muſs der Hauptpunct durch Präjudicial-Klagen (§. 61.) ausgemittelt werden [o]. Im ersten hingegen kann

milit. ita acquiruntur ut pater usumfr. non hab. Aug. Trev. 1786.

[e] Nov. 117. c. 1. §. 1.

[f] Nov. 118. c. 2.

[g] L. ult. §. 1. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

[h] Nov. 117. c. 1. §. 1.

[i] Ueber die Meynungen andrer s. Brunnemann ad L. 1. de coll. n. 23. G. Radovic de pecun. lustrica. Rostock. 1776. I. G. Krausius de eod. arg. Nor. 1728. I. F. Ioachimi C. hist. iurid. de donis baptismalib. Hal. 1736. Müller ad Leyser Obs. 553.

[k] Kraus l. c. §. 11.

[l] Nov. 134. c. 11. Umgekehrt drückt aus Versehen den Satz aus Hofacker §. 581. und nach ihm Malblank princ. iur. Rom. §. 513.

[m] S. oben §. 353.

[n] L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (6. 61.) beweist nichts dafür. Meine Versuche 2. B. n. 12.

[o] Ueberh. I. T. Gaudlitii D. de actionibus familiae praeiudicialibus. Lips. 1767.

der Vater kraft seiner Gewalt seine Rechte selbst schützen, der Sohn hingegen muſs vermittelst einer Imploration richterliche Hülfe suchen [*p*].

§. 366.

Actio de paternitate und filiatione.

Wird über den kindlichen Zustand gestritten, so stellt der Vater, je nachdem er ihn behauptet oder leugnet, die actio de paternitate affirmativa, oder negativa, der Sohn die actio de filiatione negativa oder affirmativa an. Auch können Fälle eintreten, daſs der Zustand gegen einen Dritten vertheidigt werden muſs. Hier gelten nun in Betreff des Beweises folgende Grundsätze: A) Wer im Besitz des behaupteten Zustandes ist, braucht keinen Beweis zu führen [*q*], und kann, wenn ihm Alimente gebühren, diese provisorisch verlangen [*r*]. B) Findet kein Besitz statt, so müssen Vater und Sohn ihren Beweissatz gegen einander durch Beybringung solcher Thatumstände, woraus das Erzeugtseyn, oder dessen Gegentheil, erhellet, darthun [*s*], nur dürfen diese durch keinen Gegenbeweis wieder entkräftet werden, z. B. die Klage des natürlichen Sohns durch den Beweis, daſs seine Mutter damals mit mehreren zu thun gehabt habe [*t*]. In Betreff der ehelichen Kinder haben die Gesetze mehrere, einstweilen beweisende Präsumtionen angenommen. Nämlich a) wenn ein Kind 182 Tage nach eingegangener Ehe geboren wird, so streitet die Vermuthung für, ward es vorher geboren, so streitet sie wider dessen eheliche Geburt [*u*]. Die erste Vermuthung kann weder durch Versicherungen der Mutter,

[*p*] L. 92. de cond. et dem. (35. 1.) L. 5. pr. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.) cap. 11. X. de sponsal. (4. 1.).

[*q*] L. 41. pr. de lib. causs. (40. 12.) L. ult. C. de ord. cogn. (7. 19.).

[*r*] Pütter Rechtsf. 3. B. n. 248. 263.

[*s*] Auch durch Vermuthungen läſst sich ein solcher Beweis führen. Vergl. überh. L. 5. de his qui sui vel al. iur. (1. 6.) L. 5. de in ius voc. (2. 4.) Cap. 10. X. de probat. (2. 19.) P. Müller D. probationem filiationis exhibens. Ien. 1689. F. I. Stock de probat. filiation. Ien. 1702. Menoch L. 6. Praes. 53. 54. Mascard de probat. Conc. 787. Leyser Sp. 98. m. 1. 5. Sp. 326. m. 7. Struben 3. B. 131. Bed.

[*t*] L. 5. §. 4. 8. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.). Carpzov iurp. eccl. L. 2. Def. 81. Leyser Sp. 322. m. 9. Auch oben §. 348.

[*u*] L. 12. de stat. hom. (1. 5.) L. 3. §. ult. de suis et legit. (38. 16.).

noch durch den Beweis, daſs sie im Ehebruch gelebt habe, entkräftet werden [x], wohl aber, wenn nicht der anticipirte Beyschlaf klar ist, durch die völlige Ausbildung [y], so wie die letzte Vermuthung durch die Nichtlebensfähigkeit des Kindes [z]. b) Wird das Kind nach getrennter Ehe innerhalb 10 Monaten geboren, so streitet die Vermuthung für dessen eheliche Geburt. Kommt es nachher, also auch im Anfange des eilften Monats zur Welt [a], so ist nicht einmal ein, ohnehin physisch unmöglicher [b], Gegenbeweis zulässig [c]. Gab sich aber die Mutter in den ersten 10 Monaten mit einem andern Mann ab, so streitet dennoch die Vermuthung dafür, daſs das Kind von dem abgeschiedenen Mann erzeugt sey [d]. c) Ein Kind, welches im Testament eines Mannes Sohn genannt ist, hat einstweilen gegen jeden Dritten die Vermuthung für sich, daſs es ein eheliches Kind des Testators sey [e]. Von der Mutter können übrigens natürlich gegen das Kind, und umgekehrt, völlig ähnliche actiones de maternitate affirmativa, negativa u. s. w. angestellt werden.

§. 367.

Actio de patria potestate.

Ist bloſs Streit über die väterliche Gewalt, so können die actio de patria potestate affirmativa oder negativa angestellt werden. Die Aufhebung der väterlichen Gewalt ist hier das

[x] L. 11. §. 9. ad Leg. Jul. de adult. (48. 5.) L. 29. §. 1. de probat. (22. 3.). P. Müller Diss. cit. cap. 2. §. 4. Struben 1. B. 142. Bed.

[y] L. 11. C. de nat. lib. (5. 27.) Cocceii I. C. L. 1. T. 6. qu. 3. A. M. ist Weber v. der Beweisführung im Civil-Proceſs. V. n. 11.

[z] Ammann medic. critic. Resp. 4.

[a] A. M. sind manche wegen Nov. 39. c. 2. Allein s. Huber prael. L. 1. T. 5. §. 4. Püttmann var. opusc. syll. n. XII. Püttmanni, Platneri et Mylii opusc. de partu undecimestri. Lips. 1799.

[b] Haller ger. Arzw. 1. Thl. S. 117—134. Vogel et Hares D. de partu serotino valde dubio. Goett. 1767.

[c] L. 29. pr. de lib. et posth. (28. 2.) L. 4. C. eod. (6. 29.) L. 3. §. 11. de suis et legit. (38. 17.) A. M. sind Voet L. 1. T. 8. Leyser Sp. 15. m. 1. S. dawider Müller Obs. 79.

[d] arg. L. 11. §. 9. ad Leg. Jul. de adulter. (48. 5.) Mancherley abweichende Ideen s. bey Voet L. 1. T. 6. §. 4. Cocceii I. C. eod. qu. 5. I. Kopp de partu dubio quem scilicet vidua intra dies lugubres enixa est. Helmst. 1744.

[e] Nov. 117. c. 2.

Factische, und also das zu Erweisende. Hat der Vater den Sohn lange als Familienvater leben lassen, so wird die Aufhebung der Gewalt vermuthet [f], auch wird es dem Vater nie gestattet, die von ihm eingeräumte Entlassung als illegal anzufechten, sofern er sich selbst dabey inculpirt [g].

§. 368.

II) Verhältnisse zu Dritten.

In Ansehung des Verhältnisses des Vaters und Sohnes zu dritten Personen ist, I) wenn überhaupt über das väterliche Verhältniſs gestritten wird, der Vater befugt, sowohl durch dingliche, als persönliche Klagen (vindicatio, interdictum de liberis exhibendis) sein Recht zu schützen [h], und den Sohn als Kläger zu vertreten [i]. II) Ist von einzelnen Rechten und Verbindlichkeiten die Rede, so unterscheide man die hier denkbaren Fälle in folgenden Hauptsätzen: 1) der Vater kann sich selbst natürlich, wie jeder Bürger, Rechte erwerben, und Verbindlichkeiten auflegen, weil ihn ja die väterliche Gewalt nicht bindet. 2) Den Sohn verpflichtet der Vater nicht [k], einen einzigen Fall abgerechnet [l]; doch versteht es sich, daſs der Sohn da, wo man überhaupt Dritte verpflichtet, z. B. wenn er Erbe des Vaters wird, die Handlungen desselben anerkennen muſs [m]. Eben so kann ohne einen besondern, auch in Rücksicht Dritter wirksamen Rechtsgrund, der Vater nach der Strenge dem Sohn einseitig kein Recht erwerben [n], wiewohl das Geschäft für den Vater wirksam ist, sofern er Vortheil davon hat [o]. Nach der Billigkeit ist jedoch dem Sohn aus den, zu seinem Vortheil

[f] L. 1. C. de patr. potest. (8. 47.). Meine Schr. über Bes. und Verj. 2. Thl. §. 61.

[g] L. 25. pr. de adopt. (1. 7.).

[h] L. 1. §. 2. de R. V. (6. 1.) L. 1. pr. §. 1. de lib. exh. (43. 30.).

[i] L. 9. de O. et A. (44. 7.).

[k] L. 5. §. 16. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.) L. 4. C. ne filius pro patre (4. 13.). Ueberh. G. Wiese comm. de fundamento et limit. obligat. liberor. ad facta parentum praestanda. Rost. 1790. C. C. H. de Kamptz de eod. arg. Goett. 1790.

[l] L. 4. C. de primipilo (12. 63.). Ueber den heutigen Gebrauch: Wiese l. c. §. 9.

[m] Kamptz l. c. Pars. 2. Wiese l. c. §. 11. fgg.

[n] L. 17. §. 4. de pact. (2. 14.).

[o] L. 59. L. 56. §. 3. L. 130. de V. O. (45. 1.) Ueberh. Goddaeus de contr. stip. cap. 10. concl. 4. Carpzov P. 2. C. 33. Def. 25. Mascard de probat. Vol. 3. Concl. 1158. Brunsig de unitate pers. §. 39.

geschlossenen Verträgen des Vaters die exceptio doli [p], und eine actio utilis gestattet [q]. 3) Der Sohn verpflichtet sich selbst für seine Person, wenn er als Mündiger [r], und nicht als Stellvertreter des Vaters handelte [s]. Während der Gewalt kann er aber nur auf die, seiner freyen Disposition unterworfenen Peculien [t], und nachher in gewisser Maafse nur unter Vorbehalt der Competenz belangt werden [u]. Eben so erwirbt er sich selbst Rechte durch seine Handlungen, jedoch nur unter den, in der Lehre von den Peculien angegebenen Beschränkungen. 4) Dem Vater kann der Sohn einseitig, ohne Auftrag, Rechte erwerben [x], nicht aber denselben verpflichten, wenn nicht der Fall zu den, in den folgenden §phen angegebenen Ausnahmen gehört, da die hier genannten actiones adiectitiae qualitatis (§. 70. a. E.) gegen den Vater angestellt werden können [y]. Jedoch ist in diesen Fällen dem Vater sein ehemaliges Recht, den Sohn statt Schadensersatzes, wegen unerlaubter Handlungen abzutreten (ius noxae dandi), gänzlich genommen [z].

§. 369.

Insbesondere a) actio de peculio.

Wenn der Vater dem Sohn ein peculium profectitium gegeben hat, so kann er, ohne den Sohn speciell beauftragt zu haben [a], durch die actio de peculio belangt werden; jedoch, falls er nicht bereichert ist, und sich nicht in dolo befindet, nur so weit, als das peculium reicht [b]. Die

[p] L. 21. §. 2. de pact. (2. 14.).

[q] L. 45. §. 2. de V. O. (45. 1.).

[r] L. 2. pr. quod cum eo (14. 5.) L. 39. de O. et A. (44. 7.) vergl. mit §. 10. I. de inutil. stip. (3. 20.). Ferner L. 9. C. quod cum eo (4. 26.) L. 10. §. 2. de fideiussor. (46. 1.). Vergl. jedoch Lauterbach coll. L. 26. T. 8. §. 5.

[s] L. 4. C. h. t. (4. 26.).

[t] Cocceii L. 15. T. 1. qu. 1. Kleinschrodt de iure filiifam. dispon. de pecul. c. 1. §. 9.

[u] S. oben §. 107.

[x] §. 5. I. per quas pers. (2. 9.) L. 45. pr. §. 4. de V. O. (45. 1.).

[y] Alle folgenden Klagen müssen erst durch Nennung der Hauptklage eine Bedeutung erhalten, z. B. actio emti quod iussu. Franzke comm. L. 14. T. 1. n. 8. Wissenbach eod. Tit. Th. 1.

[z] §. 7. I. de noxal. act. (4. 8.).

[a] L. 3. pr. §. 3. de pecul. (15. 1.).

[b] L. 3. §. 12. L. 21. pr. L. 36. eod.

Verpflichtung mufs aber aus einem Vertrage, wovon in der Regel Schenkungen, und die, Namens des peculii castrensis vom Sohn contrahirten Schulden wieder ausgenommen sind, oder einem Quasicontract entstanden, oder in eine vertragsmäfsige verwandelt seyn [*c*]. Auf die andern Arten der Peculien kann diese Klage nicht gerichtet werden, obgleich der Sohn wegen der, nicht im Niefsbrauch des Vaters befindlichen Güter selbst haftet [*d*]. Seine eignen, selbst schlechten Foderungen kann der Vater unbedingt vorabziehen [*e*]. Behält er das peculium nach aufgehobener väterlicher Gewalt, so findet die Klage, wenn sie nicht ohnehin kürzer würde gedauert haben, nur noch ein Jahr wider ihn statt [*f*]. Sonst konnte sie wegen des, ihm iure occupationis zufallenden peculii castrensis gleichfalls im ersten Jahr unbedingt gegen ihn gerichtet werden [*g*]; allein jetzt kann man ihn deshalb nur als Erben in Anspruch nehmen [*h*]. Utiliter wendet man jetzt die Klage auch auf den Fall an, da Mönche von ihren Obern Peculien erhalten [*i*].

§. 370.

b) Actio tributoria.

Hat der Vater dem Sohn erlaubt, mit Waaren, welche im peculio profectitio sind [*k*], Handel zu treiben, so ist er aus den Verträgen des Sohnes, und was diesen gleich ist, verpflichtet, ohne seinen Foderungen einen Vorzug zu geben, diese Waaren nach Maafsgabe der Güte der verschiedenen Ansprüche zu vertheilen [*l*]. Ist dabey ein Versehen begangen, so mufs der Verletzte seine Entschädigung an dem suchen, welcher zu viel empfing; gründete sich aber die Begünstigung auf eine Arglist des Vaters, so kann er durch die actio tributoria wegen des Schadens in An-

[*c*] L. 28. §. 2. de pact. (2. 14.) L. 7. pr. de donat. (39. 5.) L. 18. §. 5. de castr. pec. (49. 17.) L. 14. de neg. gest. (3. 5.) L. 7. de tutel. (26. 1.) L. 21. de admin. tut. (26. 7.).

[*d*] Stryk L. 15. T. 1. §. 6.

[*e*] §. 4. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.).

[*f*] L. 1. pr. §. 2. 7. L. 2. pr. quando de pec. act. ann. (15. 2.).

[*g*] L. 17. pr. de castr. pec. (49. 17.).

[*h*] Voet L. 15. T. 1. §. 5.

[*i*] Stryk l. c. §. 16. Lauterbach coll. eod. T. §. 41.

[*k*] §. 3. I. quod cum eo (4. 7.) L. 11. §. 7. de inst. act. (14. 3.) L. 1. §. 2. h. t. (14. 4.).

[*l*] L. 1. pr. §. 1. 2. 3. eod. §. 3. I. l. c.

spruch genommen werden [m]; auch kann man diese Klage wegen arglistig verweigerter Theilung anstellen [n]. Gegen die Erben ging sie bey den Römern, als auf einem Verbrechen beruhend, nur so weit, als sie durch den Betrug bereichert waren [o], welches jetzt wegfällt [p]. Wichtig ist auch noch der Satz, daſs diese Klage wegen derselben Puncte durch Anstellung der actio de peculio aufgehoben wird, und umgekehrt [q].

§. 371.

c) actio exercitoria und institoria.

Noch wirksamer kann der Vater ausgeklagt werden, wenn der Sohn als Bevollmächtigter, oder kraft eines Befehls desselben Verbindlichkeiten contrahirt hat. Im ersten Fall findet besonders die actio exercitoria und institoria, welche nachher auf jeden Auftrag des Vaters, und jeden Gewaltgeber ausgedehnt sind [r], in diesem die actio quod iussu statt. Da die beiden ersten mit den Grundsätzen vom Mandat aufs genaueste zusammenhängen, so sind sie unten mit diesem abzuhandeln, daher hier nur die letzte Klage besonders auszuheben ist.

§. 372.

d) actio quod iussu.

Durch die Actio quod iussu kann der Vater auf das Ganze belangt werden, wenn er dem Sohn in Betreff der eigenen Angelegenheiten desselben befohlen hat, eine Verbindlichkeit zu contrahiren [s]; doch wird diese Klage durch Anstellung der actio tributoria und de peculio, so wie diese durch jene, aufgehoben [t]. Man wendet diese Klage häufig jetzt auch auf andre Personen an, welche unter

[m] §. 3. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.) L. 1. pr. L. 5. §. 6. 8. 17. 19. de tribut. act. (14. 4.).

[n] §. 3. I. cit. A. M. ist Huber ad Inst. L. 4. T. 7. §. 6. Otto ad §. 3. I. ibid. wegen L. 7. §. 2. de trib. act. (14. 4.).

[o] L. 7. §. ult. L. 8. L. 9. pr. eod.

[p] Vermöge §. 68. A. M. sind Emminghaus ad Coccei L. 14. T. 4. qu. 2. Schmidt v. d. Klagen §. 1450. 32.

[q] L. 9. §. 1. h. t. (14. 4.).

[r] L. 10. §. 5. mandat. (17. 1.) L. 13. §. 25. de act. E. V. (19. 1.).

[s] L. 5. pr. quod iussu (15. 4.) §. 1. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 6.).

[t] L. 9. §. 1. de tribut. act. (14. 4.) L. 4. §. 5. quod cum eo (14. 5.). Weiter geht Lauterbach Coll. L. 15. T. 4. §. 10.

dem Befehl eines Andern stehen [u]. Daſs sie jetzt ganz wegfalle [x], ist eine in allem Betracht unerweisliche Behauptung.

§. 373.

e) actio de in rem verso.

Fallen alle diese Gründe weg, so kann der Vater dennoch durch die actio de in rem verso belangt werden, wenn der Gläubiger erweisen kann, daſs der Sohn das Geschäft direct zum Nutzen des Vaters geschlossen, oder das Erhaltene dazu angewandt habe. Man hat in der Folge diese, anfangs nur gegen den Vater und Herrn gestattete Klage utiliter aus den Geschäften eines Dritten mit einem Andern zum Vortheil eines Dritten überhaupt zugelassen [y], und, da hier die Verbindlichkeit ohne Einwilligung entspringt, auch gegen den, welcher sich selbst willkührlich nicht verpflichten kann [z].

§. 374.

Deren Natur.

Folgende Sätze entwickeln genau die Natur dieser Klage: 1) Eine versio in rem kann stattfinden, entweder wenn das Anlehn des Sohnes in das Vermögen des Vaters kommt, oder demselben dadurch pflichtmäſsige Ausgaben erspart werden. Schwerlich läſst sich aber, (der Fall, da der Vater selbst in culpa war, abgerechnet,) unter die letzte Rubrik mit den mehrsten [a] auch der Fall bringen, wenn der Sohn, nach Verschleuderung seines Wechsels von einem Dritten Gelder zum Studieren aufnimt, weil er dann selbst keine Ansprüche an den Vater hat. 2) Die Klage setzt nicht stets ein, Namens des Vaters geschlossenes Geschäft, und nicht immer eine wirkliche Verwendung voraus, so wenig als sie durch die wirkliche Verwendung stets begründet wird. Man bemerke: A) nahm der Sohn etwas wirklich und namentlich zum Besten des Vaters auf,

[u] Stryk L. 15. T. 4. §. 1.

[x] Wie Hellfeld iurispr. for. §. 919. meynt.

[y] §. 4. I. quod cum eo qui in alien. pot. (4. 7.) L. 1. pr. de in rem vers. (15. 3.) L. 7. §. 1. C. quod cum eo (4. 26.).

[z] L. 3. C. quando ex facto tut. (5. 39.). Ueberhaupt I. I. Roessing de vers. in rem, et quid. eius natura, indole et effect. Goett. 1799.

[a] Donellus comm. L. 12. c. 26. Faber rational. ad L. 7. §. 3. de in rem verso. Müller ad Struv L. 15. T. 3. §. ult.

so haftet der Vater nicht, wenn der Sohn es durch eigne Schuld nicht verwandte, wohl aber, wenn es ein Zufall hinderte [b]. Wegen nützlich aufgenommener Studier- und Legations-Kosten haftet er auch nur so weit [c]. B) Contrahirte der Sohn nicht namentlich für den Vater, so muſs die Verwendung stets stattfinden, und nur so weit sie stattfand, kann gegen den Vater geklagt werden [d]. C) Der Sohn muſs direct zum Nutzen des Vaters gehandelt haben. Nutzt er dem Vater durch das, was er für sich selber thut, so ist diese Klage (wohl die actio de peculio) nicht zulässig [e]. 3) Der Vater haftet nur, wenn der Sohn ihn von nützlichen Ausgaben befreyt, nicht aber, wenn er ihm bloſs zum Vergnügen gereichende Kosten erspart [f], ausgenommen, wenn Schicklichkeit und Anstand dergleichen erfodern, oder der Vater selbst dazu etwas herzugeben pflegte [g]. 4) Gibt der Vater ohne Arglist dem Sohn zur Abfindung des Gläubigers das, was dieser fodern kann, und der Sohn verschleudert es, so findet dennoch die actio de in rem verso nicht weiter statt [h]. 5) Bey nothwendigen Vorschüssen muſs der Herr den ganzen bedungenen Preis, sonst aber nur den wahren Werth des Objectes zahlen [i]. Endlich ist noch 6) zu bemerken, daſs nur der Hauptgläubiger, nicht aber dessen Bürge, diese Klage hat [k].

§. 375.

B) Beschrän-

Die Verbindlichkeiten des Vaters und Sohnes aus den Verträgen des letzten sind aber wieder

[b] L. 3. §. 7—9. de in rem vers. (15. 3.). Vergl. G. L. Crell de privil. pecun. ad rectum usum creditae ex animo dantis aestimando. Viteb. 1736.

[c] A. M. ist Müller ad Struv L. 14. T. 6. §. ult. Frommann de SCto Maced. §. 51. wegen L. 7. §. 13. de SCt. Maced. (14. 6.) L. 5. C. eod. (4. 28.) L. 47. §. 1. de solut. (46. 3.). Allein die, in den obigen Gesetzen entschiedene Frage, was Rechtens ist, wenn das Anlehn verschleudert ward, ist hier gar nicht mit beurtheilt. Donellus L. 12. c. 27.

[d] L. 7. §. 12. de SCt. Mac. (14. 6.) L. 10. §. 4. h. t. (15. 3.).

[e] L. 7. §. 4. 5. L. 10. §. 7. 10. eod. Wernher lect. comm. eod. §. 3.

[f] L. 3. §. 4. eod.

[g] L. 3. §. 3. 4. 6. L. 7. §. 3. eod. L. 7. §. 13. ad SCt. Maced. (14. 6.).

[h] L. 10. §. 6. h. t. (15. 3.).

[i] L. 5. pr. eod. Willkührlich limitirt hier Brunnemann ad L. 5. pr. cit.

[k] L. 18. eod.

kung durch das SCt. Macedonianum. sehr durch das SCt. Macedonianum [l] beschränkt, welches vorschreibt, daſs die Klage des Gläubigers, welcher ein Geldanlehn des Sohnes einfodre, durch eine Einrede des Vaters und Sohnes niedergeschlagen werden könne [m]. Später hat man diese Vorschrift auf alle chicanös zur Umgehung derselben abgeschlossenen Verträge (contractus mohatrae) ausgedehnt [n].

§. 376.

Natur der Beschränkung. Das Recht des Gläubigers ist hiedurch unmittelbar zu dessen Nachtheil [o] nicht ganz vernichtet, sondern kann nur durch eine Einrede entkräftet werden [p], welche auch allen, für die Verbindlichkeit intercedirenden Personen, gegen den Gläubiger und dessen Nachfolger [q] zusteht [r], und vom Sohn, und dessen Bürgen, nach Römischem Recht bis zur Execution vorgeschützt werden kann [s]. Der Sohn kann natürlich während der Gewalt dieser Einrede weder zu seinem, noch des Vaters Nachtheil, selbst nicht einmal eidlich entsagen [t]. Zahlt er dennoch eigenmächtig von dem, seiner Disposition nicht unterworfenen Vermögen, so kann der Vater das existirende Geld vindiciren, das consumirte durch die condictio sine caussa abfodern [u]. Dem Sohn selbst ist aber die Zurückfoderung versagt, er habe aus Irrthum gezahlt, oder

[l] I. A. Frommann de SCt. Mac. Tüb. 1668. C. A. van Wachendorf de SCt. Mac. Trai. ad Rhen. 1730. B. H. Reinold ad SCt. Maced. Frkf. 1715. Hal. 1740. (op. p. 413.). C. G. Hübner ad SCt. Maced. Lips. 1798. Ueber die wichtige Frage: unde nomen? s. I. I. Scherz Diss. II. de Mac. SCti denominat. orig. Argent. 1732. 1734.

[m] L. 1. pr. h. t. (14. 6.).

[n] L. 3. §. 3. L. 7. pr. §. 3. eod. Stryk cautel. contr. S. 2. c. 1. §. 31. Lauterbach coll. L. 14. T. 6. §. 13. Frommann l. c. §. 25. 26. 27.

[o] L. 9. §. 4. h. t. (14. 6.). Andere Ideen hat Frommann §. 39.

[p] L. 1. pr. L. 10. eod. Cocceii eod. qu. 7. Weber über die nat. Verb. §. 88. Dessen Beytr. zu der Lehre v. d. Klagen 1. St. n. 6.

[q] L. 7. §. 1. de except. (44. 1.).

[r] L. 7. pr. L. 9. §. 3. eod. L. 11. de fideiuss. (46. 1.). A. M. ist Drechsler de except. SCti Maced. fideiussori filiifam. deneganda. Alt. 1758.

[s] L. 9. §. 4. 5. L. 10. L. 11. h. t. (14. 6.) Müller ad Leyser Obs. 348.

[t] Frommann l. c. §. 40. 41. Struben 1. B. 156. Bed. Pufendorf T. II. Obs. 171.

[u] L. 3. §. 2. L. 9. §. 1. eod.

nicht, und eben das gilt vom Vater, wenn dieser selbst wissentlich oder irrig, oder der Sohn aus Irrthum gezahlt hat [x].

§. 377.

Ausnahmen von Seiten des Sohnes.

Die Exceptio SCti Macedoniani kann in mehreren Fällen, wobey im Ganzen auf die Lage der Sachen im Augenblick der Zahlung zu sehen ist [y], ausnahmsweise nicht vorgeschützt werden, und zwar in einigen bloſs vom Sohn nicht, in andern weder vom Vater, noch Sohn. Der letzte kann sich derselben nicht bedienen, 1) wenn er seiner freyen Administration unterworfene Peculien besitzt [z]; 2) wenn er sich lügenhaft für einen Hausvater ausgab [a], und 3) wenn er nach Entlassung aus der Gewalt, diese sey nun durch Emancipation, eine Würde, oder auf andre Art geschehen [b], als Hausvater das Anlehn genehmigt [c]. Als stillschweigende Genehmigung der ganzen Schuld, sofern er sich nämlich nicht durch Protestation dagegen verwahrt [d], soll nach klarer Vorschrift der Gesetze die Zahlung eines Theils der Schuld, welcher denn auch die Bestellung eines Bürgen gleichzusetzen ist [e], angesehen werden; die Bestellung eines Pfandes aber nur die Schuld bis auf den Werth des Pfandes vollgültig machen [f].

§. 378.

Von Seiten des Vaters und Sohns.

Von beiden Seiten fällt die Einrede weg, 1) wenn der Vater das Geschäft ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt, wodurch es rückwärts in allem Betracht vollgültig

[x] L. 7. §. 15. L. 9. §. 4. 5. L. 10. eod. L. 14. de R. C. (12. 1.) L. 40. pr. de cond. indeb. (12. 6.). Vergl. Cocceii L. 14. T. 6. qu. 13. Pistor quaest. iur. L. 3. qu. 20. n. 3. Frommann §. 31.

[y] L. 3. §. ult. L. 4. h. t. (14. 6.) Lauterbach l. c. §. 12. Frommann §. 38.

[z] L. 1. §. ult. L. 2. h. t. (14. 6.) Voet eod. §. 4. Cocceii qu. 6. Ohne Grund zweifelt wegen des adventitii irregularis Lauterbach l. c. §. 10.

[a] L. 1. C. h. t. (4. 28.).

[b] L. 1. §. 3. h. t. (14. 6.) steht nach Nov. 81. dem nicht entgegen. Voet §. 2. Frommann §. 13. 34.

[c] L. 7. C. h. t. (4. 28.). Donellus comm. L. 12. c. 28. in med.

[d] Heisler iur. Abh. 2. S. n. 6. §. 4.

[e] Frommann §. 39.

[f] L. 7. §. 15. 16. L. 9. pr. h. t. (14. 6.) Heisler a. a. O. P.

wird [g]. Ferner 2) wenn der Sohn zur Zeit des Contracts Soldat war, er mag geliehen haben, wozu er will [h]. 3) Wenn der Gläubiger gute Gründe hatte, ihn für einen Hausvater zu halten; doch schadet, wenn mehrere correi credendi da sind, die Wissenschaft des einen den andern [i]. 4) Wenn das Anlehn so verwendet ward, daſs es als versio in rem patris angesehen werden kann, welches aber noch nicht der Fall ist, so lange sich das Geld bloſs in der Hand des Sohnes befindet [k]. 5) Wenn der Anleiher unter Vormündern oder Curatoren steht. Willigten diese ein, so erhält er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; that er es hingegen allein, so ist das Anlehn ungültig, und kann als solches zurückgefodert werden [l]. Was Rechtens ist, wenn der Geber sowohl, als der Empfänger minderjährig war, folgt von selbst aus der, schon (§. 118.) vorgetragenen Lehre von der Collision der Rechte; auch versteht es sich von selbst, daſs die Personen, welche jetzt analogisch die iura minorum haben, hier eben so, wie Minderjährige zu behandeln sind [m].

Zweyte Abtheilung.

Ueber die Erwerbung der väterlichen Gewalt.

§. 379.

Arten. Die väterliche Gewalt kann auf dreyfache Weise erworben werden, nämlich durch Ehe,

F. Joppert de mutuo a filiofam. sui iur. fact. tacite agnito. Giess. 1771. §. 14. 15. Elsässer und Gmelin Beobacht. 1. B. n. 1.

[g] L. 12. 16. h. t. (14. 6.) L. ult. pr. C. eod. (4. 28.) Donellus comment. L. 12. c. 27. Auf den Vater beschränken diese Ausnahme Lauterbach l. c. §. 23. Frommann §. 43.

[h] L. ult. §. 1. C. cit. Bloſs auf den Sohn schränkt dieſs ein Lauterbach l. c. §. 21. In Betreff des Beweisens weichen ab Frommann §. 36. Struben 2. B. 125. Bed. Allein s. Meine Theorie d. logisch. Ausl. §. 18.

[i] L. 1. 2. C. l. c. L. 3. pr. §. 1. L. 7. §. 7. D. eod. Frommann §. 21.

[k] L. 7. §. 12. eod. vergl. mit L. 9. §. 2. eod. L. 3. §. 1. L. 5. §. 3. de in rem vers. (15. 3.) Donellus L. 12. c. 25. A. M. ist Voet h. t. §. 5. Cocceii h. t. qu. 9. schwankend Malblank princ. §. 509.

[l] L. 3. pr. §. 1. 2. h. t. (14. 6.) Boehmer ius D. eod. §. 5.

[m] Voet h. t. §. 3. Frommann §. 20.

Legitimation, und Adoption. Die Arten der Wiederherstellung der väterlichen Gewalt gehören zwar im allgemeinsten Sinn auch zu den Erwerbarten; allein sie lassen sich nicht eher, als in der vierten Abtheilung, nach Darstellung der Erlöschungsgründe der väterlichen Gewalt, gehörig vortragen.

Erstes Capitel.

Ueber die Ehe.

§. 380.

Ehe. Vollkommene, unvollkommene.

Unter Ehe [n] im Allgemeinen versteht man eine, zwischen Personen ungleichen Geschlechts eingegangene, gesetzmäſsige Verbindung, wodurch beide Theile das Recht auf einen vertrauten ausschlieſslichen Umgang erhalten [o]. In engerem Sinn versteht man aber darunter eine, die angegebenen Rechte ertheilende Verbindung, wodurch die Frau zugleich der Würde und des Ranges des Mannes theilhaftig, und das Kind der Gewalt seines Vaters unterworfen wird. In diesem Sinn ist denn dieselbe unterschieden, sowohl von dem, oben (§. 346.) erwähnten Concubinat, als der, in Deutschland unter erlauchten Personen gebräuchlichen Ehe zur linken Hand (ad morganaticam, ad legem salicam), wobey die Kinder gleichfalls der Mutter folgen [p].

[n] Schriften: D'Avezan de sponsalib. et matrimon. (Meermann Thes. T. 4.). H. Brower de iure connubior. Delph. 1714. 4. I. Gerhard Tr. de coniugio. Ed. nov. Tub. 1776. F. G. A. Lobethan Einl. zur theor. Eherechtsgelehrs. Hal. 1785. 8. A. L. Schott Einl. in das Eherecht. Nürnb. 1786. 8. I. A. Hofmann Handb. d. Eherechts der Deutschen. Iena 1789. 8. C. C. Dabelow Grunds. d. allg. Eherechts d. deutschen Christen. Hal. 1792. 8. Ueber den Streit den Begriff der Ehe betreffend s. I. S. Stryk de matrimonii natura. Hal. 1708. Idem de fine matrim. Hal. 1728. C. F. Hommel de matrimonio sine proposito liberos procreandi valido. Lips. 1764. C. W. Robert über den Begriff der Ehe. Frkf. u. Leipz. 1787. Popp über Ehescheidungen. 4te Abhandl. I. B. Anthes Ged. vom Zweck der Ehe. Frkf. a. M. 1774. Fresenius Meditat. 2. B. n. 11.

[o] L. 1. de rit. nupt. (23. 2.) §. 1. I. de patr. potest. (1. 9.).

[p] H. de Cocceii de lege morganatica. Frkf. 1695. D. Nettelbladt an et quat. matrimonium ad morganat. pacto tale licitum sit? Hal. 1748.

§. 381.

Hinzugefügtes Merkmal des Sacraments.

Das katholische Kirchenrecht hat zu dem Begriff der Ehe noch das wichtige Merkmal hinzugefügt, dafs dieselbe ein Sacrament, d. h. eine heilige und unauflösliche Verbindung sey, und aus diesem Grunde die Ehesachen der geistlichen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit unterworfen [q]. Die Protestanten verliefsen den Begriff des Sacraments, aber behielten häufig die Folgesätze bey [r], so, dafs bey der Allmacht der Praxis, ohne eine neue Gesetzgebung, an kein consequentes protestantisches Eherecht zu denken seyn wird [s].

Erste Unterabtheilung.

Ueber die Eingehung der Ehe.

§. 382.

Matrimonium ratum, legitimum.

Damit die Ehe gültig sey, mufs sie sowohl weltlichen als geistlichen Gesetzen gemäfs geschlossen werden. Ist sie blofs den ersten gemäfs, so heifst sie matrimonium legitimum, hingegen ratum, wenn sie blofs mit den letzten übereinstimmt. Trifft beides zusammen, so nennt man sie ratum et legitimum [t].

§. 383.

Erfodernisse der Ehe. I) Keine Ehehindernisse.

Zur vollgültigen Eingehung der Ehe gehört, dafs die Person überhaupt, oder mit dieser andern Person eine solche Verbindung eingehen könne, und dafs die Einwilligung auf die gehörige Art erklärt werde. Alles, was der Gültigkeit einer zu schliefsenden, oder geschlossenen Ehe im Wege steht, heifst ein Ehehindernifs (impedimentum), und dieses kann dann absolut, oder nur relativ in Ansehung dieser Contrahenten stattfinden [u].

[q] Conc. Trident. Sess. 24. de Sacramento. Sanchez de sancto matrimon. sacramento. Nor. 1706.

[r] S. Stryk de reliquiis sacram. in matrimon. Hal. 1706. Odelem de eod. arg. Brunsv. 1716.

[s] A. L. Schott de leg. connubial. earumque necessaria emendat. Erl. 1782.

[t] c. 17. C. 28. q. 1. cap. 7. X. de divort. (4. 19.)

[u] Schweder Diss. de imped. matrim. (Diss. T. 1. n. 25.) I. C. Link Diss. de imped. matrimon. imped. Diss. de imped. matr. dirim. Arg. 1723.

§. 384.

Wirkung derselben.

Nach allgemeinen Grundsätzen [x], und der bestimmten Vorschrift Justinians [y], sollte jedes Ehehindernifs seiner Natur nach die eingegangene Ehe vernichten. Allein das Kanonische Recht, geleitet durch den Begriff des Sacraments, legt nicht allen diese Wirkung bey, sondern einigen (wie diefs auch schon das Römische Recht ausnahmsweise in Einem Fall (§. 388.) gethan hat) blofs die Kraft, die Eingehung der Ehe zu hindern, nicht aber die eingegangene Ehe zu vernichten, während andere auch die eingegangene Ehe ungültig machen. Die ersten werden dann aufschiebende (impedientia), die letzten vernichtende (dirimentia) genannt.

§. 385.

Fortsetzung.

Bey Ehehindernissen, welche blofs zum Vortheil der contrahirenden Theile eingeführt sind, können diese blofs ihre Rechte geltend machen. Wo hingegen auf das gemeine Beste Rücksicht genommen ist, darf der Richter von Amtswegen eintreten. Ehehindernisse der ersten Art werden privata, der letzten publica genannt [z].

§. 386.

1) Aufschiebende Hindernisse. A) Verlöbnisse.

Unter die aufschiebenden Hindernisse gehört: A) Nach Kanonischem Recht das, mit einer andern Person vorher gültig eingegangene Eheverlöbnifs [a]. Wenn die Protestanten, diefs als blofs aufschiebendes Ehehindernifs, beybehalten, so ist es eine offenbare Inconsequenz.

§. 387.

B) Fehlender Consens des Vaters.

Eben diefs gilt B) von der fehlenden Einwilligung des Vaters [b]. Nach Römischem Recht mufs der Hausvater einwilligen, da-

[x] L. 5. C. de LL. (1. 14.).

[y] §. 12. I. de nupt. (1. 10.)

[z] cap. ult. X. qui matrim. accusar. poss. (4. 18.) cap. 1. X. de sponsal. et matrim. (4. 1.)

[a] c. 31. X. de sponsal. (4. 1.) c. 1. 3. X. de sponsa duor. (4. 4.). I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 3. §. 52.

[b] I. G. Hennig über die Rechte und Befugnisse der Aeltern bey den Verh. ihrer Kinder. Wittenb. u. Zerbst. 1797. 8. Brower de iure connub. L. 1. c. 5. fgg. G. L. Boehmer de necess. parent. consens. in nupt. liber. (Elect. T. 1. n. 14.).

mit die Ehe nicht nichtig sey [c]; doch kann diefs auch stillschweigend geschehen [d], so wie durch Ratihabition, welche rückwärts wirkt [e]. Kann man wegen einer physischen Unmöglichkeit die Zustimmung des Vaters nicht erhalten, so ergänzt die Obrigkeit nach vorhergehender förmlicher Untersuchung die mangelnde Einwilligung; doch bedarf es dessen im Fall der Abwesenheit des Vaters nicht, wenn drey Jahre verflossen sind, oder sich vernünftig gegen die Wahl nichts einwenden läfst [f]; auch wird die Einwilligung durch die Obrigkeit ergänzt, wenn der Vater ohne gerechten Grund seine Beystimmung verweigert [g]. Das Kanonische Recht erklärt aber den Widerspruch des Vaters nur für ein aufschiebendes Hindernifs [h]. Die Protestanten sind häufig hiebey stehen geblieben [i], jedoch ohne allen Grund [k]. Dafs die Mütter und deren Ascendenten, oder die Väter nach der Emancipation bey uns gleichfalls einwilligen müssen, wird häufig behauptet [l], aber durch kein gemeines Recht unterstützt [m]. Particulaire Gesetze sind oft dafür, so wie für die Zustimmung andrer Personen, z. B. der Curatoren, Gutsherren, und Regiments-Chefs [n].

§. 388.

C) Geschlossene Zeiten und Trauerjahr.

Ein ferneres Hindernifs kann C) in der Zeit liegen. In dieser Hinsicht haben wir zwey Vorschriften: a) dafs die Ehe nicht innerhalb den geschlossenen, d. h. nicht in den Advents-Zeiten, und an Fast- Bet- und Bufs-

[c] L. 2. 3. 18. 25. de R. N. (23. 2.). Weiter geht Lauterbach coll. L. 23. T. 2. §. 24.

[d] L. 7. §. 1. de sponsal. (23. 1.) L. 5 C. de nupt. (5. 4.).

[e] L. 25. C. de donat. int. V. et U. (5. 16.) L. 7. pr. C. ad SCt. Maced. (4. 28.). G. L. Boehmer l. c. §. 21. 22.

[f] L. 25. C. de nupt. (5. 4.). L. 9. 10. 11. h. t. (23. 2.). Höpfner Comm. §. 112. not. 6.

[g] L. 19. de rit. nupt. (23. 2.). I. C. Warnemünde de consens. parent. in nupt. liber. supplet. Francf. 1748.

[h] cap. 6. X. de raptor. (5. 17.) Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matr. c. 1.

[i] Carpzov iur. cons. L. 2. Def. 60. G. L. Boehmer princ. iur. can. §. 369.

[k] I. H. Boehmer l. c. L. 4. T. 2. §. 22. T. 3. §. 51.

[l] Vergl. Hennig a. a. O. vierte Abth.

[m] L. 1. L. 20. C. de nupt. (5. 4.).

[n] Hofacker T. 1. §. 378. In Betreff der Curatoren läfst sich diefs jetzt selbst nach gemeinem Recht vertheidigen. S. unten §. 516.

tagen eingegangen werden [o], und b) daſs die Wittwe, ehe sie geboren hat, nicht innerhalb des Trauerjahrs heirathen soll. Das Römische Recht, welches hier auch nur ein aufschiebendes Hinderniſs annimt, verbietet das letzte unter Androhung mehrerer Strafen, worunter auch die Infamie ist [p]; allein eine, freilich nur die Infamie nennende, aber auf einem allgemeinen Grunde beruhende Entscheidung des Kanonischen Rechts hebt durch ihren Geist alle jene Strafen auf [q].

§. 389.

D) Gelübde der Keuschheit.

Ein, gleichfalls unter Umständen nur aufschiebendes Hinderniſs ist D) das Gelübde der Keuschheit. Ein feierliches Gelübde dieser Art ist bey den Katholiken ein vernichtendes [r], ein Privat-Gelübde aber nur ein verhinderndes [s]. Bey den Protestanten hat das letzte gar keine Kraft [t]; die, den Deutschen Rittern, Stiftsfrauen und männlichen Klostergliedern obliegende Pflicht, während ihres Standes nicht zu heirathen, ist aber nur ein aufschiebendes Hinderniſs [u].

§. 390.

E) Verbot des Richters.

Nicht mehr Kraft haben E) richterliche Verbote, die Ehe einzugehen [x], falls nicht das, den Befehl erlassende Gericht bischöfliche

[o] c. 1. 8. 9. 10. C. 23. q. 4. cap. 4. X. de feriis (2. 9.) Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matrim. c. 10. A. F. Schott D. sistens histor. legum eccles. de temporib. nupt. claus. Lips. 1774.

[p] L. 1. C. de secund. nupt. (5. 9.) Nov. 22. c. 22. Ueber den Grund: L. 9. L. 10. L. 11. pr. §. 1. 2. de his qui not. inf. (3. 2.) Püttmann int. c. 33. Idem probab. L. 1. c. 17. Idem adversar. L. 1. c. 10. Koehler interpr. L. 2. c. 8.

[q] cap. 4. 5. X. de secund. nupt. (4. 21.) Müller ad Leyser Obs. 529. A. M. ist I. F. Sarnighausen de poena concub. intra annum luct. privata per cap. 4. 5. X. cit. non abrogat. Goett. 1775.

[r] cap. 1. 2. X. qui cleric. vel voc. matr. (4. 6.). Conc. Trid. Sess. 24. de Reform. matrim. c. 6. 9.

[s] c. 4. 6. X. l. c. c. 2. 5. D. 27. c. 1. C. 20. qu. 3. c. 22. 26. C. 7. q. 1.

[t] W. F. Art. 5. §. 16. Boehmer I. E. P. L. 3. T. 3. §. 22. fgg.

[u] Augsb. Conf. Art. 27. Boehmer l. c. Tit. 34. §. 18. 21.

[x] cap. 1. 2. 3. X. de matrim. contr. interdict. (3. 16.) cap. 3. X. de clandest. desp. (4. 3.).

Rechte haben, und die Eingehung der Ehe bey Strafe der Nichtigkeit verbieten sollte [y].

§. 391.

F) Aufgebot.

Um aufschiebende Hindernisse zeitig zu entdecken, ist F) das dreymalige, in der Pfarrkirche der Verlobten von dem competenten Pfarrer von der Kanzel vorzunehmende Aufgebot (proclamatio), aber gleichfalls nur als aufschiebendes Hindernifs, angeordnet. Zeigen sich darauf Hindernisse, so wird bis zur ausgemachten Sache die Ehe aufgeschoben; ist aber diese nachher geschlossen, so fallen alle weiteren Privat-Ansprüche weg [z]. Die Vernachlässigung des Aufgebots wird aber doch mit arbitrairen Strafen geahndet [a], wenn man nicht Dispensation ausgewirkt hat.

§. 392.

2) Vernichtende Hindernisse. A) Körperliche Mängel.

Die vernichtenden Ehehindernisse liegen theils in dem Mangel, der zur Erfüllung der ehelichen Pflichten erfoderlichen Eigenschaften, theils in andern Ursachen. A) Aus dem ersten Grunde sind unfähig a) wegen Mangels des Alters alle Unmündigen [b], wenn sich nicht bey ihnen früher die Fortpflanzungsfähigkeit einstellen sollte [c]. Unter erlauchten Personen sind jedoch die Ehen der Kinder, unter Aussetzung der Consummation derselben gebräuchlich [d]. Hohes Alter dagegen ist kein Hindernifs [e]. b) Castraten, und zwar unbedingt [f]. In

[y] I. H. Boehmer l. c. L. 4. T. 16. §. 6. 7.

[z] cap. 3. X. de cland. despons. (4. 3.) cap. ult. X. qui matr. acc. poss. (4. 18.) cap. 5. X. de bigam. non ordin. (1. 21.) cap. 7. X. de convers. coniug. (3. 32.) Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matrim. cap. 1. I. H. Felz de proclamat. desponsator. Arg. 1709. I. P. Hahn de denunciat. ad praescript. Laterat. et Trident. Mog. 1743.

[a] cap. 3. §. 1. X. de clandest. despons. (4. 3.) L. Menken de omissa proclam. sacerd. Lips. 1703.

[b] pr. I. de nupt. (1. 10.) L. 4. de rit. nupt. (23. 2.) c. 8. 10. 11. X. de despons. impub. (4. 2.). Ueberh. I. S. Stryk de qualitate et iure personarum matr. contrahentium. Hal. 1710.

[c] c. 3. 14. X. l. c.

[d] F. a Wollzogen de connub. infant. inter illustres maxime frequentatis. Ien. 1724. und Frkf. et Lips. 1728.

[e] Püttmann de nupt. senum. Hal. 1782.

[f] L. 39. §. 1. de iure dot. (23. 3.) Edict. Pii V. de a. 1586. in Bullar. magn. T. 2. p. 634. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 15.

Rücksicht anderer Unvermögender und Unfähiger ist zu unterscheiden, ob sie auf immer (absolut in Rücksicht eines jeden, oder relativ im Verhältniſs zu dieser Person) unfähig sind, oder nicht. Im ersten Fall ist die Ehe gültig, wenn beide Theile die Unfähigkeit zur Zeit der Eingehung der Ehe kannten [*g*], oder nachher ihrem Recht entsagten, welche Entsagung aber offenbar aus einem dreymonatlichen Schweigen nicht gefolgert werden kann [*h*]; ungültig hingegen ist sie, wenn die unbekannt gewesene völlige Impotenz durch eine ärztliche Untersuchung erwiesen ist [*i*]; doch ist der, aus Irrthum unvermögend befundene Theil nach Aufklärung dieses Irrthums zur Fortsetzung der Ehe verbunden [*k*]. Ein, nicht sofort als unheilbar erscheinendes Unvermögen verpflichtet beide Theile zu einer dreyjährigen Probe. Schlägt diese fehl, so erfolgt die Trennung der Ehe, und zwar nach vorgängiger Beschwörung des Unvermögens, entweder beider Theile, wenn beide Theile das Unvermögen zugeben, oder allein des Beschuldigenden, wenn der Beschuldigte es leugnet [*l*]. Ein, nach Eingehung der Ehe ohne Absicht entstehendes Unvermögen wird nicht weiter in Betracht gezogen [*m*], so wenig, als eine vorübergehende und heilbare Unfähigkeit [*n*].

§. 393.

B) Gleichzeitige, nicht aber nachfolgende Polyga-

Ein weiteres Hinderniſs ist B) das Verbot der gleichzeitigen Polygamie [*o*]. Die successive Polygamie ist erlaubt; doch treffen den, zur zweyten Ehe schreiten-

§. 10. fgg. A. M. ist Müller ad Leyser Obs. 523. S. auch überhaupt: I. G. Simonis brevis delineat. impotentiae coniugalis. Edit. 4. Ien. 1718. H. Delphini eunuchi coniugium. Hal. 1685. 1697. 1718.

[*g*] cap. 4. 5. X. de frigid. (4. 15.).

[*h*] A. M. sind wegen cap. 1. 5. X. l. c. Wernher P. 3. Obs. 56. Hellfeld iurpr. for. §. 1261.

[*i*] cap. 1. 2. 3. X. l. c.

[*k*] cap. 1. 5. 6. X. l. c.

[*l*] c. 2. C. 33. q. 1. cap. 1. 5. 7. X. l. c. Wernher P. 2. Obs. 392. Boehmer l. c. §. 34.

[*m*] c. 25. C. 32. q. 7.

[*n*] Stryk l. c. §. 17. 18.

[*o*] §. 6. I. de nupt. (1. 10.) L. 2. C. de incest. nupt. (5. 5.) L. 7. C. de iud. et coelicol. (1. 9.). C. Thomasius de crimine bigam. Lips. 1658. Premontual Tr. de la monogamie; à la Haye. 1751. 3. B. 8. Deutsch. Nürnb. 1754. 8. I. Klein de praeferent. matrimon. in concurs. duor. Rost. 1698. Michaelis paral. contra polygam. (Comm. T. 2. n. 5.).

mie. Folgen der letzten. den Gatten folgende, noch jetzt stattfindende [p], Nachtheile: nämlich a) er verliert, unter Vorbehalt des lebenslänglichen Nieſsbrauchs, die Proprietät alles dessen, was durch eine Liberalität des vorigen Ehegatten auf ihn gekommen ist, und diese Proprietät wird nach Erbfolgeordnung unter die Kinder erster Ehe gleich getheilt [q]. Auf onerosen, und durch die Gesetze angewiesenen Erwerb ist dieſs nicht zu erstrecken [r]. b) Wenn Mutter und Vater [s] eine neue Ehe eingehen, so verlieren sie gleichfalls die Proprietät dessen, was sie als Intestat-Erben eines verstorbenen Kindes erster Ehe an solchen Sachen, welche das Kind von dem verstorbenen ersten Ehegatten erhielt, geerbt haben, und dürfen darüber zum Nachtheil der Kinder erster Ehe nichts verfügen; doch erhalten sie durch den Tod der letzten ihre vollen Rechte wieder [t]. c) Der aufs neue Verheirathete darf dem zweyten Ehegatten auf keine Weise unter Lebenden, oder auf den Todesfall mehr schenken, als das, am geringsten bedachte Kind erster Ehe von ihm erhält [u]. Der ganze Ueberschuſs, mithin nicht bloſs so viel, als nöthig ist, jene gesetzliche Gleichheit hervorzubringen, fällt auf Verlangen allen Kindern erster Ehe gleichmäſsig zu [x]. Was ein Gatte

[p] Pufendorf T. 1. Obs. 23. A. M. ist Wernher lect. comm. L. 23. T. 1. §. 18. wegen cap. 4. 5. X. de secund. nupt. (4. 21.). Allein s. Müller ad Leyser Obs. 526. Vergl. überh. I. H. Boehmer de secundis nuptiis praecipue illustr. personar. Hal. 1723. Alssen de eo quod hodie iuris est circa poenas secundis nuptiis scriptas. Goett. 1751.

[q] L. 3. pr. L. 4. L. 5. §. 2. C. de sec. nupt. (5. 9.). L. un. C. si sec. nups. (5. 10.) vergl. mit Nov. 2. c. 2. Nov. 22. c. 32. Nov. 98. c. 1. Nov. 127. c. 3. Boehmer l. c. cap. 1. §. 51. 52. 55.

[r] Voet L. 23. T. 2. §. 101. A. M. ist Pufendorf T. 1. Obs. 23.

[s] Vermöge einer von vielen z. B. Stryk de succ. ab intest. D. 12. c. 3. §. 13. vertheidigten Ausdehnung. A. M. ist Silberrad D. qua dominium hered. liberor. prior. matrim. ab intest. delatae patribus ad sec. nupt. transeunt. asseritur. Arg. 1757.

[t] L. 3. §. 1. C. de sec. nupt. (5. 9.) Nov. 22. c. 46. §. 2. Voet l. c. §. 106.

[u] L. 6. pr. L. 9. C. de secund. nupt. (5. 9.) vergl. mit Nov. 22. c. 27. 28. G. L. Boehmer de restricta de bonis suis in favor. secundi coniug. dispon. facultate. Goett. 1768. (Elect. T. 2.).

[x] L. 6. pr. C. cit. A. M. ist G. L. Becher vindiciae interpr. genuinae Leg. 6. C. de sec. nupt. Frkf. ad M. 1797. §. 12. fgg.

nach gesetzlicher Vorschrift erhielt, kann aber in jene Geschenke nicht eingerechnet werden [*y*]. Uebrigens verlieren die Kinder erster Ehe dieses Recht weder durch Einwilligung in die zweyte Ehe [*z*], noch durch ein Verbot des Schenkers [*a*], noch dadurch, dafs der erste Ehegatte die zweyte Heirath erlaubte [*b*]; wohl aber durch Entsagung, wenn sie vom Schenker gültig enterbt werden, oder vor demselben sterben [*c*]. d) Die Mutter verliert die Vormundschaft der Kinder erster Ehe, und zwar auf immer [*d*], so wie e) die Würde und den Gerichtsstand des vorigen Ehemannes [*e*]. f) Der Vater mufs den Kindern, wegen künftig auszuliefernder Legate, Caution bestellen [*f*]. g) Die Mutter kann die, den Kindern erster Ehe gemachten Geschenke nur sehr grober Undankbarkeit wegen zurückfodern [*g*]. Endlich h) wird durch die zweyte Ehe alles verwirkt, was der erste Ehegatte dem, zur zweyten Ehe schreitenden, unter der Bedingung, sich nicht wieder zu verheirathen, gegeben hat [*h*]. Noch setzen manche auch diefs unter die Wirkungen der zweyten Ehe, dafs die Kinder gegen die Eltern, als Vormünder, Restitution erhalten können [*i*]; allein schon vor der zweyten Ehe findet gegen die Eltern, als Vormünder, diese Wohlthat statt [*k*].

§. 394.

C) Ehebruch.

Nach Römischem Recht ist C) der, mit einer Person begangene Ehebruch unbedingt ein Hindernifs der Ehe mit derselben [*l*]. Das neuere Kanonische Recht läfst diefs nur blofs in den zwey Fällen zu, wenn der Ehebrecher dem wahren Ehegatten nach dem

[*y*] Voet l. c. §. 122.

[*z*] Pufendorf T. 1. Obs. 24. A. M. ist Faber in Cod. L. 4. T. 5. Def. 5.

[*a*] Voet l. c. §. 112.

[*b*] A. M. ist Leyser Sp. 300. m. 20. Allein s. Hofacker T. 1. §. 521. not. 2.

[*c*] L. 3. in f. C. de sec. nupt. (5. 9.) Nov. 22. c. 27.

[*d*] Nov. 22. c. 38. 40. Nov. 94. c. 3. Stryk D. de eventu c. 2. n. 85. I. H. Boehmer l. c. cap. 1. §. 48. 50.

[*e*] L. 22. §. 1. ad municipal. (50. 1.). I. H. Boehmer l. c. §. 47.

[*f*] Nov. 22. c. 41.

[*g*] L. 7. C. de revoc. donat. (8. 56.) Nov. 22. c. 35.

[*h*] Nov. 22. c. 43. 44.

[*i*] Leyser spec. 300. m. 20. Glück Comment. §. 443.

[*k*] Nov. 155. Boehmer ius D. L. 4. T. 4. §. 4.

[*l*] L. 26. de R. N. (23. 2.) Nov. 134. c. 12.

Leben gestanden, oder auf den Fall des Todes desselben dem Mitverbrecher die Ehe versprochen hat [m].

§. 395.

D) Entführung. Eben so ist D) die ältere Vorschrift, dafs der Entführer die Entführte nicht heirathen dürfe [n], jetzt in allen Fällen aufgehoben, wenn die Entführte aufser der Gewalt des Entführers zu der Ehe ihre freye Einwilligung gibt [o].

§. 396.

E) Staatsamt. Die Vorschrift der Römer, dafs E) ein Gouverneur der Provinz während seiner Amtsführung keine Provincialinn heirathen dürfe [p], kann jetzt, da das Object derselben zu existiren aufgehört hat, nicht mehr zur Anwendung gebracht werden [q].

§. 397.

F) Vormundschaft. Eben diefs behaupten viele F) in Ansehung der Bestimmung des Römischen Rechts, dafs der Vormund bey Strafe der Infamie, und dessen Sohn die Pflegbefohlene nicht vor abgelegter Rechnung, und vor Ablauf der, den grofsjährig gewordenen zur Restitution gesetzten Zeit heirathen dürfe [r], weil man bey uns den Vormund als Rechnungsführer unter strengerer Aufsicht halte [s]. Allein das blofse Wegfallen des Grundes, wenn auch der angegebene wahr seyn sollte, kann hier juristisch die Disposition des Gesetzes nicht vernichten.

§. 398.

G) Religion. Wegen Religions-Ungleichheit ist G) die Ehe zwischen Juden und Christen [t], und

[m] cap. 1. 3. 6. X. de eo qui dux. in matr. (4. 7.) cap. 1. X. de convers. infidel. (3. 33.).

[n] L. un. §. 1. C. de rapt. virg. (9. 13.).

[o] cap. 6. 7. X. de rapt. (5. 17.) Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matr. c. 6.

[p] L. 38. 57. pr. 63. 65. de R. N. (23. 2.) L. 6. C. de nupt. (5. 4.).

[q] Schott Eher. §. 102.

[r] L. 15. de sponsal. (23. 1.) L. 59. 60. 64. 66. 67. de R. N. (23. 2.). J. E. L. Püttmann progr. ad Orat. D. Marci de pupilla a tutore eiusve filio haud ducenda. Lips. 1783.

[s] Pufendorf T. 2. Obs. 94. G. L. Boehmer de querel. inoff. donat. fratr. §. 8. (Elect. T. 1.).

[t] L. 6. C. de iudaeis (1. 9.).

nach Kanonischem Recht zwischen Katholiken und Ungläubigen verboten [u]. Die letzte Vorschrift fällt jetzt in Ansehung der, in Deutschland aufgenommenen christlichen Glaubensgenossen weg [x].

§. 399.

H) Standesungleichheit.

Auch H) wegen Ungleichheit des Standes waren bey den Römern manche Ehen verboten [y], welches aber Justinian aufgehoben hat [z]. In Deutschland gibt es aus demselben Grunde wider Mißheirathen mancherley particulaire Vorschriften; aus dem gemeinen Recht läßt sich aber nicht mehr darthun, als daß die Ehe einer fürstlichen Person mit einer vom niedern Adel, oder Bürgerstande, nur Mißheirath ist, und bloß die Wirkungen einer morganatischen Ehe (§. 380.) mit sich führt [a].

§. 400.

I) Verwandtschaft. a) Blutsfreundschaft.

Am wichtigsten sind I) die Eheverbote wegen Nähe der Verwandtschaft, und was derselben gleichgesetzt ist [b]. Folgende Regeln enthalten, mit Uebergehung der mannigfaltigen, von Andern ohne Grund angenommenen Fälle [c], bestimmt alles hieher gehörige: I) Unter wahren Blutsverwandten ist 1) in der graden Linie nach Mosaischem Recht die Ehe zwischen Aeltern und Kindern und Enkeln verboten, welches aber, sehr natürlich, als ein, ins Unendliche gehendes Verbot behandelt wird [d]. Das Römische verbietet sie durch al-

[u] c. 15. 16. 17. C. 28. q. 1. cap. 14. de haeretic. in 6. (5. 2.).

[x] W. F. Art. 5. §. 34. I. W. Feuerlin de prohibit. matrim. cum infidelibus. Alt. 1755.

[y] L. 43. 44. de R. N. (23. 2.).

[z] L. 23. L. 29. C. de nupt. (5. 4.) Nov. 89. c. 15. Nov. 117. c. 6. Heineccius ad L. Iul. et Pap. Popp. L. 2. c. 3.

[a] Vor allen Pütter über Mißheyrathen teutscher Fürsten und Grafen. Götting. 1796. 8.

[b] I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. I. R. Kugler de nupt. incest. Arg. 1771. C. C. Hofacker D. sistens histor. et ration. iuris incestum prohibent. Tub. 1787. Michaelis Mosaisches Recht. 2. T. §. 98. fgg. Abh. v. d. Ehegesetzen und verbotenen Ehen. Bütz. und Wism. 1761. 8. K. A. M. Schlegel Darst. d. verbot. Grade d. Verwandtschaft und Schwägerschaft bey Heyrathen. Hannov. 1802. 8.

[c] S. darüber Schott Eher. §. 129.

[d] III. B. Mos. 18. v. 7. 19.

le Grade [*e*]; eben so das Kanonische [*f*]. Stehen 2) die Verwandten in Seitenlinien, so verbietet das Mosaische Recht die Ehe zwischen Geschwistern [*g*], und im Fall eines respectus parentelae (§. 336.) die Ehe mit der, unter dem gemeinschaftlichen Stammvater stehenden Frau [*h*], welches viele [*i*], aber ohne Grund [*k*], auf den umgekehrten Fall ausdehnen. Das Römische verbietet da, wo ein respectus parentelae stattfindet, die Ehe unbedingt [*l*], sonst nur im zweyten Grade, nicht weiter [*m*]. Das Kanonische ist in Betreff des respectus parentelae gleichlautend [*n*], verbietet aber in den übrigen Fällen die Ehe in den vier ersten Graden nach seiner Computation [*o*]. Wie weit die protestantische Praxis hievon abgewichen sey, läſst sich nicht auf Regeln bringen [*p*].

§. 401.

b) Schwägerschaft.

II) Unter Schwägern, und zwar A) der ersten Gattung (§. 339.) verbietet a) in grader Linie das Mosaische Recht (welches hier zuweilen mit dem Verbot der Polygamie coincidirt, und nicht ohne Willkühr über die genannten Fälle ausgedehnt werden kann) bloſs die Ehe mit des Vaters Weib [*q*], des lebenden Weibes Mutter [*r*], mit der Schwiegertochter [*s*], der Stieftochter und der Stiefenkelinn [*t*]. Das Römische und Kanonische verbieten sie ins Unendliche [*u*]. b) In

[*e*] §. 1. I. de nupt. (1. 10.).

[*f*] c. 18. C. 35. q. 1. 2.

[*g*] III. B. Mos. 18. v. 9. 11.

[*h*] III. B. Mos. 18. v. 12. 13.

[*i*] Hofacker princ. T. 1. §. 362.

[*k*] Michaelis a. a. O. §. 117. G. C. Gebauer de matrimonio cum avunculi vidua. Goett. 1757.

[*l*] §. 3. I. de nupt. (1. 10.).

[*m*] §. 2. 4. I. l. c. L. 54. de R. N. (23. 2.) L. 19. C. de nupt. (5. 4.). E. Otto de nupt. consobrinor. (Collect. Diss. n. 2.).

[*n*] cap. 8. X. de consangu. et affin. (4. 14.).

[*o*] cap. 8. X. cit.

[*p*] Ueber das particulaire protest. K. R. vergl. Schlegel a. a. O. S. 250—526.

[*q*] III. B. Mos. 18. v. 8. 1. Ep. an d. Corinth. 5. v. 1.

[*r*] III. B. Mos. Cap. 18. v. 17. Cap. 20. v. 14. V. B. Mos. 27. v. 23.

[*s*] III. B. Mos. 18. v. 12.

[*t*] a. a. O. v. 17.

[*u*] §. 6. I. de nupt. (1. 10.) cap. 8. X. de consang. et aff. (4. 14.) I. M. Lang de nupt. ob affinit. in lin. recta controversis. Alt. 1709. Bey den Römern ward der Concubinat hier auch als Ehe behandelt. L. 1. §. 3. de concub. (25. 7.) L. 4. C. de nupt. (5. 4.).

der Seitenlinie verbietet das Mosaische die Ehe mit des Vaters Bruders Weibe [*x*], mit des lebenden Weibes Schwester [*y*], und mit des Bruders Weibe [*z*]; doch muſs der überlebende Bruder die Frau des verstorbenen heirathen (Levirat-Ehe), wenn der letzte kinderlos starb [*a*]. Das Römische Recht beschränkt sich bloſs auf die Entscheidung, daſs der Bruder des verstorbenen Bruders Frau, und der Mann die Schwester seiner Frau nicht heirathen dürfe [*b*]. Das Kanonische dagegen verbietet bey rechtmäſsiger Schwägerschaft die Ehe unter Schwägern, wie unter Cognaten, also im Fall des respectus parentelae ins Unendliche, sonst bis in den vierten Grad; bey unrechtmäſsiger Schwägerschaft aber nur bis in den zweyten Grad [*c*]. B) In Betreff der folgenden Gattungen der Schwägerschaft hebt das Kanonische Recht alle seine ältern Verbote auf [*d*]. Das Römische verbietet bloſs die Ehe des Stiefvaters mit der Frau des Stiefsohns, und der Stiefmutter mit dem Mann ihrer Stieftochter [*e*], nicht aber in andern Fällen, z. B. unter zugebrachten Kindern, mit der Tochter erster Ehe des Schwiegersohns u. s. w. [*f*].

§. 402.

c) Quasi-Affinität.

III) In einigen, unter den erweiterten Begriff der Kanonischen Affinität nicht gehörigen Fällen verbietet das Römische Recht unter gewissen Personen, nämlich der Braut mit des Bräutigams Vater, und des Sohnes mit des Vaters Braut, die Ehe eben so, als ob sie Schwäger wären [*g*]. Die neueren nennen dieſs unschicklich ein Ehehinderniſs wegen der

[*x*] a. a. O. v. 14. Cap. 20. v. 20.

[*y*] III. B. Mos. 18. v. 18.

[*z*] a. a. O. v. 16. Cap. 20. v. 21.

[*a*] V. B. Mos. 25. v. 5 — 10. C. W. F. Walch de lege leviratus ad fratres non germanos referenda. Goett. 1765.

[*b*] L. 5. 8. 9. C. de incest. nupt. (5. 5.)

[*c*] cap. 1. 8. 9. X. de consang. et affin. (4. 14.) Concil. Trident. Sess. 24. de reform. matrim. c. 4. Manche lassen hier in der Seitenlinie den respectus parentelae gar nicht gelten. Hellfeld iur. for. §. 1213.

[*d*] cap. 8. X. l. c.

[*e*] L. 15. de R. N. (23. 2.).

[*f*] §. 8. I. de nupt. (1. 10.) L. 34. §. 2. de R. N. (23. 2.).

[*g*] L. 12. §. 1. 2. L. 14. §. ult. in f. de R. N. (23. 2.). Eben so cap. un. de sponsal. in 6. (4. 1.). Concil. Trid. Sess. 24. de reform. matr. c. 3.

Quasi-Affinität. Das ältere Kanonische Recht hat diese, durch Verlobung entstehende sogenannte Verwandtschaft sehr ausgedehnt [*h*], das Tridentinische Concilium beschränkt sie aber wieder auf den ersten Grad der Kanonischen Computation [*i*]. Die Protestanten folgen dem Römischen Recht [*k*]. Auch kann man noch unter diese Rubrik die Vorschrift ziehen, daſs der Versuch zum Beyschlaf die Wirkung der Vollendung desselben haben soll [*l*].

§. 403.

d) Bürgerliche Verwandtschaft.

IV) Die bürgerliche Verwandtschaft, welche aus Arrogation und voller Adoption entspringt, gibt dem angenommenen Kinde nur die Rechte eines Agnaten in Verhältniſs zu den Agnaten des Adoptiv-Vaters; doch dauert dieses Verhältniſs nur so lange, als die Adoption nicht aufgelöst ist [*m*]. Das Römische Recht hat diesen Begriff hier nicht überall durchgeführt. Denn 1) verbietet es die Ehe des Adoptiv-Kindes mit dem Adoptiv-Vater, und den Agnaten des Adoptiv-Vaters in aufsteigender Linie, so wie mit den Agnaten jener, welche mit dem Adoptiv-Kinde in einem respectu parentelae stehen, auch nach getrennter Adoption [*n*]. 2) Untersagt es auf immer die Ehe mit der Frau des Adoptiv-Vaters, und die des letzten mit der Frau des Adoptiv-Sohns [*o*]; so wie 3) während der Adoption die Ehe des Adoptiv-Kindes mit der Mutter und Mutterschwester des Adoptiv-Vaters [*p*]. Im Uebrigen enthält es keine weiteren Abweichungen. Das Adoptiv-Kind darf also, zwar nicht während der Adoption, aber nachher, die Agnaten des Adoptiv-Vaters in absteigender Linie heirathen [*q*], unbedingt aber dessen sonstige Cognaten, z. B. die soror uterina, und die Tochter der Tochter desselben [*r*].

[*h*] c. 1. C. 27. q. 1.

[*i*] Conc. Trid. l. c. cap. 3.

[*k*] Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. §. 33.

[*l*] cap. 3. X. de spons. (4. 1.) cap. 7. X. de eo qui cognov. (4. 13.).

[*m*] §. 7. I. de adopt. (1. 11.) L. 6. 7. 23. eod. (1. 7.).

[*n*] §. 1. I. de nupt. (1. 10.) L. 17. §. 2. de R. N. (23. 2.).

[*o*] L. 14. pr. §. 1. L. 55. pr. eod.

[*p*] L. 55. §. 1. eod.

[*q*] L. 17. pr. eod.

[*r*] L. 12. §. 4. eod.

§. 404.

e) Geistliche Verwandtschaft.

V) In Betreff der, jetzt sogenannten geistlichen Verwandtschaft (§. 234.) hat schon Justinian die Ehe des Empfängers aus der Taufe (susceptor, patrinus) mit dem Täufling verboten [s]. Das Kanonische Recht geht sowohl in Betreff der Taufe, als der Firmelung viel weiter [t]. Das Tridentinische Concilium hat diefs dahin beschränkt, dafs nur zwischen dem Gevatter und Täufer an einem, und dem Täufling und dessen Aeltern am andern Theil eine, die Ehe verhindernde geistliche Verwandtschaft stattfinden solle [u]. Von der, der Taufe analogen Firmelung gilt dasselbe. Die Protestanten befolgen nichts von diesen Vorschriften [x].

§. 405.

II) Gehörige Art der Eingehung.

Zur wirklichen Eingehung der Ehe gehört, dafs zuvörderst die Requisite eines Vertrages vorhanden sind [y]. Beide Theile müssen also a) wirklich ihre Einwilligung erklären, und juristisch einer solchen fähig seyn; doch darf die Tochter der vernünftigen Wahl des Vaters nicht widerstreiten [z]. b) Was Verträge vernichtet, macht auch die Ehe ungültig, also ein stattgehabter Zwang [a], der dolus caussam dans eines Contrahenten und eines Dritten, er beziehe sich nun auf die Person, oder die Güter [b], so wie ein wesentlicher Irrthum. Da das Object der Ehe etwas sehr complicirtes und moralischer Natur ist, so wäre es sehr zu wünschen, dafs die Gesetze selbst die Anwendung der allgemeinen

[s] L. 26. C. de nupt. (5. 4.).

[t] c. 1. C. 30. q. 3. 4. cap. 1. 6. 7. X. de cognat. spir. (4. 11.).

[u] Conc. Trid. Sess. 24. de Reform. matrim. c. 2. 3.

[x] I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 11. §. 12. 14.

[y] Ueberh.: B. Brissonius de ritu nupt. (in op. minor.) Fr. Hotomannus Disp. de ritu nupt. (in op. T. 1.).

[z] L. 16. §. 2. de R. N. (23. 2.) L. 11. 12. 13. de sponsal. (23. 1.) c. 26. C. 32. q. 7. cap. 24. X. de sponsal. (4. 1.). R. Teller de duriore foeminar. conditione in matrimon. contrah. Lips. 1736. Th. 2. §. 3. not. i. Th. 6. §. 10. fgg.

[a] cap. 14. 15. 16. X. l. c. cap. 11. X. de despons. impub. (4. 2.).

[b] cap. 26. X. de sponsal. (4. 1.) A. Kaestner de matrimonio copula carn. et sacerdot. consumm. ob dol. adhib. annullando. Lips. 1727. cap. 2. §. 13. fgg. cap. 3.

Grundsätze (§. 145 — 147.) auf diesen Fall übernommen hätten. Allein wir finden nichts weiter, als die Entscheidung, dafs der Irrthum über die Person selbst, ihre Freyheit und Zeugungsfähigkeit ein vernichtender sey [c], nicht aber der Irrthum über die Jungfrauschaft [d], von welchem letzten man aber jetzt häufig abgeht [e]. Ueber die schwierige Frage: welchen Einflufs heimliche Krankheiten haben? ist nichts entschieden [f], und eben so wenig über die, häufig bejahete Frage: ob die Ehe nichtig sey, wenn man irrig eine infamirte Person heirathe [g]? Im Ganzen kann hier die Antwort nur dahin ausfallen, dafs die Ehe, wenn nicht zugleich eine Arglist des Nichtirrenden eintrit, blofs dann durch einen Mangel ungültig wird, wenn dieser die Kinderzeugung unmöglich macht [h]. Durch Genehmigung des Gezwungenen, Betrogenen und Irrenden wird übrigens die Nichtigkeit abgewandt [i], jedoch mit der merkwürdigen Einschränkung, dafs der Betrüger selbst, wenn er will, auf die Nichtigkeit dringen kann [k].

§. 406.

Bedingungen. Auch Bedingungen können bey Eingehung der Ehe stattfinden. Was a) die aufschiebenden betrifft, so haben wir in Ansehung der möglichen kein Gesetz. Man mufs hier also die allgemeinen Grundsätze (§. 119 — 126.) anwenden, und durch eine solche Bedingung die Ehe als hinausgesetzt ansehen. Concumbiren im letzten Fall die Contrahenten vor Existenz der Bedingung, so ist diese eben dadurch erlassen [l]. Unmögliche, nach allgemeinen Grundsätzen einen Vertrag vernichtende Suspensiv-Bedingungen, wenn sie nicht

[c] c. un. C. 29. q. 1. cap. 4. X. de coniugio servor. (4. 9.) und oben §. 392.

[d] c. un. C. 29. q. 1.

[e] Carpzov iurp. consist. L. 2. T. 11. Dec. 193. C. H. Breuning quaest. an defectus virgin. declarationi nullitat. matrim. concedat locum? Lips. 1776.

[f] Tit. X. de coniug. lepros. (4. 8.).

[g] Schott §. 89. not. 1.

[h] Vergl. Lauterbach coll. L. 23. T. 2. §. 95 — 102.

[i] cap. 6. 21. X. de sponsal. (4. 1.) cap. 2. X. de eo qui dux. in matr. (4. 7.) cap. 4. X. qui matr. accus. (4. 18.).

[k] cap. 26. X. de sponsal. (4. 1.) Boehmer I. E. P. L. 4. T. 1. §. 142.

[l] cap. 30. X. de spons. (4. 1.) cap. 3. 6. X. de condit. appos. (4. 5.). Schott §. 154. not. **.

den wesentlichen Zwecken der Ehe widerstreiten, sind aber als nicht hinzugefügt zu betrachten [*m*]. Eben so werden b) auflösende Bedingungen als nicht hinzugefügt angesehen, ausgenommen, wenn sie dem einen Contrahenten etwas, dem wesentlichen Zweck der Ehe widerstreitendes zur Pflicht machen, in welchem Fall sie die Ehe sofort vernichten [*n*].

§. 407.

Solennien. Gewissensehe.

Die Ehe ist zugleich ein feierlicher Vertrag, und erfodert aufser der vorhergehenden väterlichen Einwilligung und dem Aufgebot (§. 387. 391.) bey ihrer Abschliefsung noch gewisse Formalitäten. Justinians Vorschriften [*o*] sind jetzt antiquarisch. Bey den Katholiken müssen beide Theile vor Zeugen und dem competenten Pfarrer des Bräutigams, oder beider Theile, oder einem dazu beauftragten Pfarrer ihre Einwilligung erklären [*p*]. Die Protestanten haben statt dessen die priesterliche Einsegnung des competenten Pfarrers angenommen [*q*], welche denn auch als absolutes Requisit betrachtet werden mufs [*r*]. Die Trauung eines incompetenten, ja sogar eines abgesetzten Pfarrers wird jedoch häufig nicht für ungültig gehalten [*s*]. Andern Religions-Verwandten gestattet man ihre eignen Ceremonien [*t*], und prote-

[*m*] cap. ult. X. eod. Durani Tr. de condit. et mod. imposs. P. 4. c. 6. (Hinter Brussel de cond. Frkf. 1700.).

[*n*] cap. ult. X. l. c. verglichen mit den Grundsätzen der Katholiken und Protestanten, dafs die Ehe, als Sacrament, unauflöslich, und keine willkührliche Trennung der Ehe erlaubt ist. Boehmer l. c. L. 4. T. 5. §. 11.

[*o*] Nov. 74. c. 4. Nov. 78. c. 3. Nov. 117. c. 4. 6. Jordens de legitimat. Diss. II. c. 3. §. 1—3.

[*p*] Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matr. c. 1. A. M. ist Leyser Sp. 298. m. 10. allein s. Müller Obs. 515.

[*q*] I. F. Keyser origines benedict. sacerdotalis. Giess. 1735.

[*r*] Lauterbach coll. L. 23. T. 2. §. 17—19. A. M. ist H. de Cocceii de matrimonio momentario. Frkf. ad V. 1701. Sect. 2. §. 2.

[*s*] C. Thomasius de validit. coniugii invit. parent. contracti et per benedict. sacerdotis depositi consummati. Hal. et Lips. 1722. G. L. Boehmer Pr. de copul. sac. a deposito clerico furtim impetrato iniusto favore. Goett. 1745. I. T. Carrach de matrim. ad benedict. sacerd. incompet. contract. Hal. 1747.

[*t*] c. 17. C. 28. q. 1. cap. 7. X. de divort. (4. 19.).

stantischen erlauchten Personen die Eingehung der Ehe ohne alle Förmlichkeit, welche man dann Gewissensehe (matrimonium conscientiae) nennt [u]. Bürgerlichen Personen, welche nicht Regenten sind, ist sie aber nicht erlaubt [x]. Uebrigens kann auch durch einen Bevollmächtigten die Ehe geschlossen werden [y].

§. 408.

Sponsalia de praesenti et futuro.

Das ältere Kanonische Recht gestattet auch eine unfeierliche Eingehung der Ehe durch simple Einwilligung, und nennt diese unschicklich Sponsalia de praesenti, und im Gegensatz davon das, was bloſses Verlöbniſs ist, sponsalia de futuro. Eine solche simple Einwilligung wird angenommen, entweder wenn sie wirklich erklärt ist, oder, vermöge einer unumstöſslichen juristischen Präsumtion, wenn unter bloſs verlobten Personen der Beyschlaf stattgehabt hat [z]. Nach dem Tridentinischen Concilio soll keine Ehe ohne die vorgedachten Feierlichkeiten bestehen [a]. Damit ist denn die ganze Lehre von den sponsalibus de praesenti, und alles, was daraus folgt, vernichtet [b].

§. 409.

III) Wirkung der Ehehindernisse. Putative Ehe.

Stehen der Ehe vernichtende Hindernisse im Wege, oder sind bey Eingehung derselben die angegebenen Erfodernisse nicht beobachtet, so ist sie schlechterdings null und nichtig, bringt keine ehelichen Wirkungen hervor, und kann durch die Nichtigkeitsklage angefochten werden [c]. Nur dann, wenn bey

[u] I. G. Schloer vindic. legitimor. natal. liberor. e matrim. S. R. I. principum comitumve A. C. addictorum solo mutuo consensu matrim. neglecta omni solenn. eccles. contractis, natorum. Mogunt. 1782. A. M. ist C. H. S. de Gatzert de liberis ex matrim. consc. illegitimis. Gieſs. 1775.

[x] A. M. sind viele mit H. G. Bauer de matrimonio conscientiae. Lips. 1760. Höpfner Comm. §. 114. not. 4. Allein diese Theorie führt wieder zum Concubinat. S. F. Willenberg de matrim. consc. Gedan. 1719.

[y] C. 9. de procur. in 6. (1. 19.)

[z] cap. 22. 30. 31. X. de sponsal. (4. 1.)

[a] Conc. Trid. Sess. 24. de ref. matr. c. 1.

[b] Vor allen Boehmer I. E. P. L. 4. T. 1.

[c] Schmidt Lehrb. v. d. Klagen und Einr. §. 321 — 325.

der Existenz eines vernichtenden Ehehindernisses ein Theil, oder beide Theile in gutem Glauben waren, die Ehe aber dennoch wirklich geschlossen wird, welches man eine vermeyntliche Ehe (matrimonium putativum) nennt [d], findet die Ausnahme statt, daſs der irrende Theil alle Rechte eines wahren Ehegatten hat, und die Kinder als dessen legitime Kinder behandelt werden; doch muſs er sofort bey Aufklärung des Irrthums die bisherige Verbindung aufheben, oder mit Einstimmung des andern Dispensation nachsuchen [e]. Wird die letzte nicht ertheilt, so kann natürlich jeder Theil seine Güter zurücknehmen [f]. Erfolgt übrigens die Dispensation, so halten katholische Rechtslehrer eine neue Schlieſsung der Ehe für nothwendig [g].

§. 410.

Dispensation.

Die, aus vernichtenden Ehehindernissen entstehende Ungültigkeit der Ehe kann abgewandt werden, wenn vor Eingehung derselben die Parteyen sich Dispensation zu verschaffen wissen [h]. Nur die höchste geistliche Gewalt kann von geistlichen, die weltliche von weltlichen Hindernissen dispensiren, und zwar müssen beide concurriren, wenn die weltliche und geistliche Gesetzgebung zugleich Eheverbote enthalten [i]. Bey den Katholiken dispensirt der Papst, mit Ausnahme der, den Bischöfen übertragenen Fälle [k], bey den Protestanten der weltliche Regent, oder das Consistorium, welches unter einem Regenten einer andern Religion steht, und die ganze geist-

Bey den Protestanten ist hier wieder viel Willkühr. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. §. 45.

[d] I. N. Hert de matrim. putativo. Gieſs. 1690. 1728. (op Vol. 1. T. 1. n. 7.). E. C. Westphal de veris casib. matrim. putat. Hal. 1758. G. Mascov de matr. put. (op. n. 8.). I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 17. §. 34. fgg.

[e] L. 57. §. 1. de R. N. (23. 2.) L. 4. C. de incest. nupt. (5. 5.) cap. 8. 11. 14. X. qui fil. sint legit. (4. 17.) cap. 9. X. de sponsal. (4. 1.) Mascov a. a. O. A. M. ist Hert l. c. §. 37.

[f] L. 3. C. solut. matr. (5. 18.) Hert l. c. §. 26.

[g] Schott §. 137. not. 1. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. §. 43.

[h] I. I. Schoepfer D. de dispensat. matrimoniali. Rost. 1718. G. Beyer de dispensat. circa matrim. ed. 2. Lips. 1720.

[i] Schott §. 135.

[k] Riegger inst. iur. eccl. §. 137. M. Kreslinger D. sistens theor. et prax. impetrandi dispensat. quoad impedim. matr. in curia Roman. quam episcopal. Engolst. 1710.

liche Gerichtsbarkeit erhalten hat [l]. Sind die Parteyen verschiedener Religion, so muſs jede ihre geistliche Obrigkeit angehen [m]. Von welchen Hindernissen übrigens Dispensation ertheilt werden könne? ist sehr streitig. Daſs sie gegen menschliche Gesetze unbedingt erlaubt sey, ist ausgemacht. In Betreff der Mosaischen Eheverbote läſst das katholische Kirchenrecht die Dispensabilität zu, ohne jedoch in der Praxis sehr liberal zu seyn [n]. Die Protestanten dagegen sind desto uneiniger. Verschiedene halten hier die Dispensation für unbedingt erlaubt [o], andre nur in den, durch Moses nicht namentlich ausgedrückten Fällen [p], und noch andre wenigstens in den Fällen, da, wie man sich ausdrückt, das Mosaische Verbot keine natürliche Schändlichkeit verhindern soll [q]. Im Grunde ist die Frage, bey der bürgerlichen Gewalt des Regenten, nur moralisch, und man sollte juristisch der Willkühr desselben alles überlassen, wenn es auch christlich sehr schwer seyn möchte, den Buchstaben zu erweitern oder zu beschränken.

§. 411.

IV) Ueber Sponsalien.

Der Schlieſsung der Ehe pflegt ein Vertrag vorherzugehen, wodurch sich beide Theile zur künftigen Eingehung der Ehe verpflichten. Dieser heiſst Verlöbniſs (sponsalia, sponsalia de futuro), und unterscheidet sich als vorbereitender Vertrag wesentlich von dem Ehevertrage [r].

[l] I. H. Boehmer de sublimi princ. ac stat. Imp. dispens. iure in causs. tam sacr. quam profanis. Hal. 1722. Ayrer de iure dispens. circa connub. Goett. 1772. G. L. Boehmer princ. iur. canon. §. 399.

[m] Schott §. 134. not. 3.

[n] Conc. Trid. Sess. 24. de Reform. matr. c. 3. 5.

[o] Dabelow Eher. §. 78.

[p] G. L. Boehmer l. c. §. 398.

[q] Michaelis Mos. R. 2. Thl. §. 101. 102. 115. Bedenk. über die Fr. ob die Ehe mit des Bruders Wittwe erlaubt sey? Gött. 1752. 8. E. L. Nitsch Vers. über die Ungült. des Mosaischen Gesetzes und den Rechtsgrund der Eheverbote. Witteb. u. Zerbst. 1800. 8. S. 96. fgg. Schlegel a. a. O. S. 111 — 130.

[r] L. 1. de sponsal. (23. 1.) c. 3. C. 30. q. 5. cap. 2. X. de sponsal. (4. 1.) I. S. Stryk de natura sponsal. et eor. divis. Hal. 1710. Brower de iure connub. L. 1. G. R. Koeselisius sponsalia a variis doctor. erroribus vindicata. Lips. 1732. D'Avezan Tr. de sponsalibus (in Meermann Thes. T. 4.).

§. 412.

Wer kann sie schliefsen?

Personen, welche keine Ehe mit einander eingehen können, es sey überhaupt, oder unter gewissen Beschränkungen, können auch überhaupt kein Verlöbnifs schliefsen, oder nur unter den gesetzten Beschränkungen; und alle, nicht namentlich auf die Ehe allein bezogenen aufschiebenden und vernichtenden Ehehindernisse (wie das Aufgebot) machen das eingegangene Verlöbnifs völlig ungültig [s]. Sind indefs Ehehindernisse von der Art, dafs sie nur für eine gewisse Zeit gelten, so steht dem Verlöbnifs nichts im Wege, wenn nur die Eingehung der Ehe über jene Zeit hinausgesetzt wird [t]; doch macht das §. 397. erwähnte Verbot eine Ausnahme [u]. Auch ist hier die Abweichung, dafs Unmündige, welche die Kindheit zurückgelegt, sich mit Einwilligung ihrer Vorgesetzten verloben, jedoch aber nach erlangter Mündigkeit willkührlich davon abgehen können, es sey denn, dafs ein Beyschlaf stattgehabt hätte [x]. Nach Aufhebung der sponsal. de praesenti (§. 408.) sollte man die letzte Einschränkung ganz fallen lassen [y], so wie die unjuristische Behauptung, dafs ein, wegen mangelnder Einwilligung des Vaters, oder aus andern Gründen nichtiges Verlöbnifs durch den Beyschlaf gültig werde [z].

§. 413.

Wie sind sie zu schliefsen?

In Ansehung der Art der Eingehung stehen die Verlöbnisse nach gemeinem Rechte ganz unter den allgemeinen Grundsätzen von Verträgen, und können daher sowohl in eigner Person, als durch einen Bevollmächtigten, mündlich oder in Briefen, ausdrücklich, stillschweigend und implicite, also auch durch ein Ja-Wort, wenn diefs nicht namentlich nur zum Zeichen künftig abzuschliefsender

[s] L. 60. §. 5. de R. N. (23. 2.) L. 8. de sponsal. (23. 1.) cap. 25. X. de iureiur. (2. 24.) L. 7. 12. 14. 20. C. de nupt. (5. 4.) C. 1. 3. 4. C. 30. qu. 5.

[t] L. 10. §. 1. de his qui not. infam. (3. 2.). I. E. L. Püttmann de sponsal. intra tempus luctus initis. Lips. 1774.

[u] L. 60. §. 5. de R. N. (23. 2.).

[x] c. 4. 5. 7. 8. X. de despons. impub. (4. 2.) cap. un. eod. in 6. (4. 2.) cap. 29. X. de sponsal. (4. 1.).

[y] Schott §. 146. not. 2.

[z] Dabelow §. 98. A. M. ist I. G. Bauer de concubitu matrimonii perfectione ante cop. sacerdotal. Lips. 1725.

Sponsalien ertheilt ist [a], geschlossen werden [b]; doch setzt natürlich auch die stillschweigende Verlobung concludente Handlungen voraus, wohin an sich ein Kufs, oder die blofse Uebergabe eines Ringes nicht mit vielen gerechnet werden kann [c]. Furcht, Betrug und Irrthum wirken hier eben so, wie bey der Ehe [d]. Auch in Betreff bedingter Verlöbnisse finden sich keine, von allgemeinen Grundsätzen abweichende Bestimmungen [e], die einzige abgerechnet, dafs dem Zweck der Ehe widerstreitende, für die Ehe als auflösend festgesetzte Bedingungen das Verlöbnifs selbst vernichten [f]. Unmögliche Suspensiv-Bedingungen werden also hier keineswegs, wie bey der Ehe, als nicht hinzugefügt angesehen [g]. Auch ist es jetzt erlaubt, für die Eingehung der Ehe sich etwas zu seinem eignen Vortheil zu bedingen [h].

§. 414.

Publica, clandestina.

Förmlichkeiten sind nach gemeinem Recht bey Abschliefsung des Verlöbnisses nicht nothwendig; deutsche Statute erfodern aber oft dergleichen, z. B. die Erklärung vor Zeugen [i]. Solche förmliche Verlöbnisse nennt man publica; die hingegen, welche nicht in der statutarischen Form abgeschlossen sind, clandestina [k]. Man bezeichnet

[a] B. Wernher de obligat. ex pacto sponsalitio. Wittenb. 1726. A. M. ist C. Thomasius de pactis futuror. sponsal. Hal. 1712. C. A. Gottschald de sponsionibus sponsionum s. vom Jawort. Lips. 1792.

[b] L. ult. de sponsal. (23. 1.) cap. 7. 23. 25. X. de sponsal. (4. 1.) cap. ult. de procur. in 6. (1. 19.).

[c] P. Müller de annulo pronubo. Ien. 1684. F. A. Junius de annulo Romanor. pronubo. Lips. 1746.

[d] L. 11. 12. 13. h. t. (23. 1.) cap. 6. 13. 28. X. de sponsal. (4. 1.) cap. 11. X. de despons. impub. (4. 2.).

[e] Schott Eher. §. 153.

[f] arg. cap. ult. X. de condit. appos. (4. 5.).

[g] Stryk Diss. cit. cap. 3. §. 8. Voet L. 23. T. 1. §. 8. A. M. sind Durani de cond. et mod. imposs. P. 4. c. 6. n. 42. C. G. Vinhold de favore iuris circa modum contrahendi sponsalia. Lips. 1734. §. 51. Lauterbach coll. L. 23. T. 1. §. 15. 16. 38.

[h] L. 97. §. 2. de V. O. (45. 1.) vergl. mit cap. 3. X. de cond. appos. (4. 5.). Stryk l. c. §. 6. Lauterbach l. c. §. 17.

[i] C. M. Müller de sponsalib. sine testib. contr. Rost. 1701.

[k] I. T. Reinharth de distinct. sponsal. in publica et clandestina. Erf. 1729.

aber auch oft durch den ersten Ausdruck die, mit Einwilligung der Aeltern, durch den letzten die, heimlich ohne dieselbe eingegangenen Verlöbnisse [*l*]. Es hängt jedoch von der Willkühr der Parteyen ab, da, wo keine Form vorgeschrieben ist, über die blofse Einwilligung hinauszugehen [*m*], wohin der Fall gehört, wenn sie sich einen Mahlschatz (arrha §. 143. 144.) geben, welches bey uns gewöhnlich ein Ring ist [*n*].

§. 415.

Was wirken sie? Aus Verlöbnissen entstehen nach dem neuesten Römischen Recht keine Zwangsverbindlichkeiten [*o*]; nach der heutigen Praxis aber gestattet man eine Klage auf Erfüllung derselben [*p*]. Die, daraus entspringenden negativen Verbindlichkeiten sind wechselseitige Treue, und die Verpflichtung, nichts vorzunehmen, was die Eingehung der Ehe hindert [*q*]. Die positiven Wirkungen bestehen hauptsächlich darin, dafs auf Eingehung der Ehe gedrungen werden kann, und zwar bey unbedingten Verlöbnissen binnen einer, nach Billigkeit anzusetzenden Frist [*r*]; bey bedingten nach der Existenz der Bedingung, wenn nicht die Erfüllung blofs von der Willkühr des Verlobten abhängen [*s*], der Bedingung ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch Beyschlaf, entsagt [*t*], oder die Erfüllung willkührlich verhindert seyn sollte [*u*], in welchen Fällen das Verlöbnifs als purificirt zu betrachten ist. Die, unten zu erwähnenden Wirkungen der Ehe haben jedoch Verlöbnisse nicht, wenige Fälle ausgenommen [*x*].

[*l*] Hofacker princ. T. 1. §. 388.

[*m*] L. 17. C. de fide instrum. (4. 21.).

[*n*] L. 3. 5. C. de sponsal. (5. 1.).

[*o*] L. 1. C. de sponsal. (5. 1.).

[*p*] Schott §. 151. not 2. Leyser Sp. 293. m. 1. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 1. §. 50. fgg. I. C. Winkler quaenam actio a desponsato ad matrim. consumm. institui possit. Goett. 1784.

[*q*] cap. un. de sponsal. in 6. (4. 1.) E. G. C. Klügel de fide sponsalitia. Viteb. 1782. I. M. Schneidt medit. circ. obl. ex sponsal. Wurc. 1787.

[*r*] W. H. Brückner Pr. de obligat. sponsal. ad matrimon. rite ineund. en. 1721.

[*s*] L. 137. §. 2. de V. O. (45. 1.).

[*t*] cap. 6. X. de condit. appos. (4. 5.). Voet L. 22. T. 1. §. 6.

[*u*] L. 85. §. 7. de V. O. (45. 1.) L. 161. de R. I. (50. 17.).

[*x*] Nämlich in Betreff des Zeugnisses der Brautleute, der Veräufserung der Brautgabe, der

§. 416.

Fortsetzung. Einen absoluten Zwang zur Eingehung der Ehe gestattet man inzwischen nicht, sondern man begnügt sich, wenn gelinde Versuche nicht helfen wollen, mit einer Verurtheilung in die Unkosten und zur Entschädigung [y]. Nur dann hält die Praxis den absoluten Zwang für zulässig, wenn der Widerspännstige unvermögend ist, Entschädigung zu leisten, oder wenn nach dem Beyschlaf der Bräutigam die Ehe nicht eingehen will [z]. Allein weit zweckmäfsiger ist es, unter Verwerfung jedes absoluten Zwanges, blofs auf eine Strafe, und, wenn es möglich ist, auf Satisfaction zu sprechen, und dem unehelichen Kinde die Rechte eines ehelichen beyzulegen [a].

§. 417.

Collision mehrerer Verlöbnisse. Die Strafe der Infamie, an deren Stelle das Kanonische Recht die Kirchenbufse gesetzt hat, trifft jeden, welcher mehrere gültige Sponsalien nach einander schliefst [b]. Ungültige Verlöbnisse sind juristisch als nicht vorhanden anzusehen. Hieraus folgen in Betreff der Collision der Sponsalien die Regeln: a) dafs unter mehreren ungültigen Verlöbnissen keins auf einen Vorrang, und rechtliche Wirkungen Anspruch machen kann [c]; b) dafs das gültige dem ungültigen vorgeht [d]; hingegen c) unter mehreren gültigen das älteste, gesetzt auch, es sollte das ältere bedingt, das jüngere unbedingt seyn [e].

persönlichen Privilegien im Concurse, und der, der Braut zugefügten Injurien. L. 5. de testibus (22. 5.) L. 4. de fund. dotali (23. 5.) L. 17. §. 1. de reb. auct. iudic. (42. 5.) L. 15. §. 24. de iniur. (47. 10.) I. H. Boehmer de diverso sponsal. et matrim. iure. Hal. 1718. (Exerc. T. 4.) I. H. Sibrand de different. int. spons. et uxor. Rost. 1723.

[y] Mevius P. III. Dec. 382. 383.

[z] Boehmer I. E. P. L. 4. T. 1. §. 55. 56. Hellfeld iurispr. for. §. 1202. Noch mehr Fälle hat Malblank princ. §. 613.

[a] Schott §. 151.

[b] L. 1. in fin. de his qui not. infam. (3. 2.) cap. 1. 31. X. de sponsal. (4. 1.) Schott §. 152. not. 3.

[c] Lauterbach coll. L. 23. T. 1. §. 51. S. Stryk de concursu sponsal. Frankf. 1681.

[d] also wo Statute Solennitäten zu Requisiten gemacht haben, die publica den privatis. Schott §. 148.

[e] c. 15. 22. 30. 31. X. de sponsal. (4. 1.) A. M. ist Hopp

§. 418.

Bestärkungsmittel.

Die, aus Sponsalien entspringende Verbindlichkeit kann durch die gewöhnlichen Bestärkungsmittel (§. 112 — 115.) vermehrt werden, nämlich durch den Eid [*f*], und durch Conventional-Strafen. Bey den Römern konnten, wegen Unverbindlichkeit der Verlöbnisse, weder durch den ersten, noch die letzten neue Wirkungen hervorgebracht werden [*g*]; da sich aber jetzt das Haupt-Princip geändert hat, und die Grundsätze des Kanonischen Rechts über den Eid vom Römischen so sehr abweichen: so hat jetzt bey Verlöbnissen der Eid alle Wirkungen, welche ihm überhaupt das Kanonische Recht beylegt, d. h. er ergänzt alle bloſs bürgerlichen Mängel unter den Contrahenten [*h*], ohne jedoch ein absolutes Zwangsrecht zu begründen [*i*]; und das Versprechen einer Conventional-Strafe ist als gültig zu betrachten [*k*], ausgenommen, wo das Verlöbniſs selbst nichtig ist [*l*]. Der, einem jüngeren Verlöbnisse hinzugefügte Eid hebt aber natürlich eben so wenig ein gültiges älteres auf [*m*], als der, jenem hinzugekommene Beyschlaf, welcher überhaupt (nach §. 408. 416.) die Verbindlichkeit der Verlöbnisse nicht verstärkt, sondern nur die Entschädigungsfoderungen vermehrt [*n*].

§. 419.

Aufhebung der Verlöbnisse.

Verlöbnisse erlöschen und werden aufgehoben 1) durch den Tod, 2) durch den Richter von Amtswegen, wenn nach Eingehung derselben öffentliche Ehehindernisse (z. B. affinitas super-

Comm. ad pr. I. de nupt. p. 85. aber bloſs wegen der alten Vermengung der sponsal. de praesenti mit sponsal. puris.

[*f*] I. B. Wernher de vi et efficacia iuram. in confirm. matrim. Viteb. 1716. I. F. Kees de iurisiur. sponsal. adiecti efficacia. Lips. 1776.

[*g*] L. 71. §. 1. de cond. et demonstr. (35. 1.) L. 134. pr. de V. O. (45. 1.) L. 5. in fin. C. de sponsal. (5. 1.) Hellfeld de effectu poenae convent. sponsal. adiectae. Ienae 1760. (op. T. 1.).

[*h*] A. M. ist W. H. Brückner de clandestinis sponsal. iuratis. Ien. 1697. §. 12. §. 34. fgg.

[*i*] cap. 10. X. de sponsal. (4. 1.).

[*k*] I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 1. §. 129. 130. Weber über nat. Verb. §. 84. Müller ad Leyser Obs. 516.

[*l*] cap. 29. X. de sponsal. impub. (4. 2.).

[*m*] cap. 25. 28. X. de iureiur. (2. 24.).

[*n*] I. H. Boehmer l. c. §. 66.

veniens) eintreten, jedoch unter Vorbehalt einer nachzusuchenden Dispensation [o]. 3) Durch freyen Willen der Parteyen (repudium). Geschieht diefs A) mit Einwilligung beider Theile (repudium voluntarium), so ist es unbedingt erlaubt, selbst ohne Zustimmung der geistlichen Obrigkeit [p], obgleich diese das Recht hat, einen Versuch zur Aussöhnung zu machen [q]. Geschieht es aber B) einseitig (repudium necessarium), so ist es, wegen Unzulässigkeit des absoluten Zwanges, gleichfalls in allen Fällen erlaubt; damit jedoch der willkührlich Abtretende ein Recht zur Anstellung der Repudienklage habe, und nicht als Widerspännstiger behandelt werde, müssen gerechte Repudienursachen vorhanden seyn [r]. Dahin gehört natürlich a) der Fall, wenn indispensable Ehehindernisse eingetreten sind [s]. b) Nach der gemeinen Meynung, wenn bey dem andern die Umstände sich so ändern, dafs der, welcher die Aufhebung des Verlöbnisses verlangt, dasselbe gewifs nicht würde eingegangen seyn, wenn er diese Umstände vorhergesehen hätte [t]. Allein die ganze Regel ist offenbar unjuristisch [u]. Nur das läfst sich behaupten, dafs es eine gültige Repudienursache ist, wenn der andere Verlobte sich eine Untreue, oder solche unvernünftige und unerlaubte Handlungen zu Schulden kommen läfst, welche eine unglückliche Ehe wahrscheinlich machen [x], wohin auch der Fall gehört, wenn bey unbedingten Verlöbnissen der, in derselben Provinz anwesende Bräutigam die Braut zwey

[o] c. 2. 7. 8. 9. X. de eo qui cognov. consang. uxoris (4. 13.) Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. §. 38.

[p] G. F. Deilin de mutuo dissens. sponsalit. solo absque consist. cognit. et auctorit. valido et efficaci. Alt. 1708. Viele sind a. M. mit Leyser Sp. 295. m. 1.

[q] cap. 2. X. de sponsal. (4. 1.).

[r] J. H. Boehmer de probat. repudior. causs. und I. E. P. L. 4. T. 1. §. 146. fgg. Leyser Sp. 295. 296. 520. Pufendorf T. 1. Obs. 162. T. 3. Obs. 166. T. 4. Obs. 27.

[s] cap. 4. X. de sponsal. (4. 1.).

[t] Hellfeld iur. for. §. 1203. Schott §. 155. Dabelow §. 118.

[u] S. oben §. 201.

[x] L. 5. C. de sponsal. (5. 1.) cap. 5. 27. X. eod. (4. 1.). Also nicht blofse Veränderung der Vermögensumstände. I. Carmon de repudio propter errorem bonorum fortunae. Rost. 1733.

Jahre warten läfst [y]. c) Können Minderjährige als solche aus zureichenden Gründen dagegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen [z].

§. 420.

Wirkungen der Aufhebung.

Die Wirkung der aufgehobenen Verlöbnisse besteht darin: A) dafs der, welcher willkührlich davon abgeht, die versprochene Strafe erlegen, und nach Umständen Satisfaction leisten mufs. B) Aeufsert sich dieselbe in Betreff des Mahlschatzes, und der, von den Verlobten einander gemachten sogenannten Brautgeschenke (sponsalitia largitas). In Rücksicht derselben ist überhaupt so zu unterscheiden: a) die Ehe folgt wirklich auf das Verlöbnifs: dann behält der Empfänger das Brautgeschenk, und nach deutschen Sitten (wider die Gesetze §. 144.) auch den Mahlschatz [a]. b) Das Verlöbnifs wird getrennt. Geschieht diefs dann ohne ausschliefsliche Schuld eines Theiles, so erhält jeder Theil, oder dessen Erben [b], das von ihm Gegebene zurück; doch kann, wenn der Tod das Verlöbnifs aufhebt, die Braut, sofern sie geküfst seyn sollte, die Hälfte der Brautgeschenke zurückbehalten. Ist hingegen der eine Theil an der Trennung Schuld, so behält der Unschuldige das Empfangene, und kann das Gegebene zurückfodern, und zwar, wenn er einen Mahlschatz gegeben, aber keinen empfangen hat, das Doppelte [c]. Viele gestatten jedoch jetzt (vermöge §. 67.) die Klage auf das Doppelte nicht mehr [d].

§. 421.

Ueber Freywerber.

Bey Verlobungen können auch Freywerber gebraucht werden. Ist einem solchen

[y] L. 2. C. de sponsal. (5. 1.) C. H. Berger de praescript. sponsal. Vit. 1719.

[z] I. H. Boehmer de rest. in int. contra sponsal. pura minor. Hal. 1722. vergl. mit Leyser Sp. 295. m. 8.

[a] L. 7. 8. 9. 10. 12. 13. C. de donat. ante nupt. (5. 3.) Lauterbach de arrha §. 33. Idem Colleg. th. pr. Lib. 23. T. 1. §. 25. 26. T. 3. §. 42. 43.

[b] L. 3. C. de sponsal. (5. 1.) E. C. Tenzel de restitut. arrhae et sponsal. largit. morte sponsi vel sponsae interveniente. Erf. 1730. C. L. Crell de arrha sponsae hered. restituenda. Vit. 1753.

[c] L. 5. C. de sponsal. (5. 1.) L. 15. 16. C. de donat. ante nupt. (5. 3.) Bardili de sponsalit. largit. Tub. 1675. C. U. Grupen C. de donat. ante nupt. Frkf. et Lips. 1741.

[d] Dabelow §. 102.

für seine Mühe ein Honorar versprochen, so kann er die bestimmte Summe, oder, wenn darüber nichts ausgemacht ist, ein, durch richterliches Ermessen auszumittelndes Quantum fodern [e]. Nach einem unglossirten Gesetz soll die Summe nie $\frac{1}{20}$ des Brautschatzes übersteigen [f].

Zweyte Unterabtheilung.

Ueber die Aufhebung und Wiederherstellung der Ehe.

§. 422.

1) Aufhebung der Ehe; 1) ipso jure.

Die Ehe ist entweder gleich anfangs nichtig, oder wird es in der Folge [g]. Die Gründe der Nichtigkeit sind bereits in der vorigen Abtheilung angegeben. Was die in der Folge eintretende Ungültigkeit betrifft, so kann diefs entweder ipso iure geschehen, oder mittelst einer, auf Verlangen zu erkennenden Ehescheidung. Das erste trit nur in zwey Fällen ein, nämlich a) wenn ein Ehegatte stirbt; und b) bey den Katholiken, nicht aber bey den Protestanten [h], wenn ein Ehegatte vor vollbrachtem Beyschlaf ein feierliches Gelübde der Keuschheit ablegt [i].

§. 423.

2) Ehescheidung. Römisches Recht.

In Betreff der Ehescheidung (divortium) weichen das Römische und Kanonische Recht, und die Praxis der Protestanten sehr von einander ab [k]. Das erste enthält folgende Grundsätze: a) mit Einwilligung beider Theile (divortium bona gratia) kann die Ehe unbedingt aufgehoben werden [l]; soll es aber b) einseitig (ob indigna-

[e] L. 1. 3. de proxenet. (50. 14.). Lauterbach l. c. §. 44.

[f] L. 6. C. de sponsal. (5. 1.) Leyser Sp. 682. m. 6. 7.

[g] F. A. Apel de causs. matrim. annullandis. Diss. I. II. Lips. 1798. 1799.

[h] Schnaubert Beytr. 1. Th. n. 1. §. 5.

[i] c. 2. 7. 14. X. de convers. coniug. (3. 32.) Conc. Tr. Sess. 24. de sacram. matr. c. 6.

[k] G. A. Struv de iure divortior. Ien. 1678. H. Bodinus de erroribus circa divortia. Hal. 1711. Controversiae circa iura divortiorum etc. Ed. 3. Hal. 1737. G. A. Marche historia iur. civ. de divort. Lips. 1764. F. Popp über Ehescheidung. Amberg und Sulzbach. 1800. 8.

[l] Nov. 140.

tionem), geschehen, so müssen dazu gesetzliche Ursachen vorhanden seyn, ohne daſs jedoch dann die Zustimmung einer geistlichen Obrigkeit nöthig ist. Der Mann kann die Ehe aus sechs Ursachen aufheben, nämlich: wenn die Frau ohne sein Wissen wider den Staat conspirirt; wenn sie Ehebruch getrieben; dem Mann nach dem Leben gestanden, oder gefährliche Nachstellungen nicht abgewandt; wenn sie sich heimlich aus dem Hause entfernt; öffentlichen Schauspielen beygewohnt; mit Männern Zusammenkünfte gehalten, oder mit ihnen gebadet hat. Die Frau hingegen aus folgenden Gründen: wenn der Mann wider den Staat conspirirt, oder Conspirationen Andrer verschwiegen; wenn er ihr nach dem Leben gestanden, oder sie nicht gegen Anschläge Andrer geschützt; wenn er sie Andern zu verkuppeln gesucht; wenn er sie fälschlich des Ehebruchs angeklagt hat; endlich wenn er ungeachtet zweymaliger Warnung nicht von vertrautem Umgange mit andern Weibern abgestanden ist [m].

§. 424.

Kanonisches Recht.

Wegen des Lehrsatzes vom Sacrament der Ehe erklärt das Kanonische Recht die Ehe in ihrem rechtlichen Wesen (quoad vinculum) für unauflöslich [n]. Aus wichtigen Gründen darf jedoch die geistliche Obrigkeit auf eine, nur die Verpflichtung zum Beyschlaf und zum gemeinsamen Leben aufhebende [o] Scheidung von Tisch und Bett (separatio quoad thorum et mensam) erkennen [p], und zwar auf eine beständige (perpetua), oder nur zeitige (temporaria), je nachdem die Umstände sind. Auf die erste ist besonders im Fall eines Ehebruchs zu erkennen [q]. Wird durch den Ehebruch eine Schwägerschaft mit dem unschuldigen Ehegatten erzeugt (affinitas superveniens), so soll der Richter die Ehegatten vom Beyschlaf abrathen. Ist dieſs fruchtlos, so kann nur der Unschuldige, nicht der Schuldige den Beyschlaf

[m] Nov. 117. cap. 8—14.

[n] Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matr. c. 7.

[o] cap. 2. X. de divort. (4. 19.).

[p] Conc. Trid. l. c. c. 8. cap. 2. X. cit. cap. 2. X. de praescr. (2. 26.).

[q] c. 1. 4. 7. 10. 28. C. 32. q. 7. cap. 12. X. de praesumt. (2. 23.).

rechtlich fodern (matrimonium claudicans) [r]. Streitig ist es jedoch, ob nicht wenigstens dann die Ehe getrennt werden könne, wenn ungläubige Ehegatten nachher den Glauben ändern [s]?

§. 425.

Theorie der Protestanten.

Mit dem Begriff des Sacraments sind alle jene Sätze des Kanonischen Rechts für die Protestanten als aufgehoben anzusehen. Allein welches sind ihre Rechts-Normen? Das Evangelium gestattet keine willkührliche vertragsmäſsige, und eine einseitige Privat-Scheidung nur wegen Ehebruchs und böslicher Verlassung [t]. Sieht man diese Vorschriften (nach §. 11. christlich inconsequent) als für den Richter unverbindliche moralische Lehren [u] an, so haben die Protestanten hier nichts als das Römische Recht. Legt man sie hingegen als Rechts-Normen zum Grunde, so fragt sichs weiter: soll man bey dem Buchstaben stehen bleiben, oder darf man sich eine logische Ausdehnung erlauben? Die, durch die Achtung der Protestanten für ihre, der Bibel übergeordnete Vernunft, und Angewöhnen an das Kanonische Recht ausgebildete Praxis hat in Deutschland folgendes System durchgesetzt: 1) ohne Zustimmung der geistlichen Obrigkeit wird keine Ehe getrennt [x]. 2) Willkührliche vertragsmäſsige Scheidungen sind unerlaubt; doch wird aus wichtigen Gründen darauf erkannt. Als solche sind aber nicht allein Ehebruch und bösliche Verlassung anzusehen, sondern alles, was denselben gleich ist, z. B. Sodomie, Lebensnachstellungen, tödtliche Feindschaft, absolute Verweigerung des Beyschlafs, oder verkehrte Bewirkung desselben, u. s. w. Die offenbare Vagheit des Princips läſst hier jedoch natürlich auf keine Uebereinstimmung in Betreff aller einzelnen Fälle hoffen [y]. Sind endlich 3) die, unter Ehegatten stattfindenden Miſshel-

[r] cap. 4. 6. 11. X. de eo qui cognov. consang. uxor. (4. 13). I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. §. 41.

[s] Schott §. 217. not. 4.

[t] Matth. 5. v. 32. 19. v. 9. 1. Corinth. 5. 15.

[u] Mit Poppa. a. O. 1—3. Abh.

[x] Wernher P. 5. Obs. 24.

[y] Vergl. z. B. Hellfeld iur. for. § 1268. Schott §. 222. 223. Boehmer princ. iur. can. §. 408. Hofacker princ. T. 1. §. 403. Dabelow §. 284. Malblank princ. §. 641.

ligkeiten von der Art, dafs sie die Hoffnung einer Versöhnung nicht ausschliefsen, so wird auf eine zeitige Trennung von Tisch und Bett erkannt, welcher dann, nach fehlgeschlagener Hoffnung, die wahre Ehescheidung zu folgen pflegt [z].

§. 426.

Ausnahmen.

Was man überhaupt als Ehescheidungsursache gelten läfst, kann jedoch ausnahmsweise in einigen Fällen nicht zur Begründung der Ehescheidungsklage gebraucht werden, nämlich wenn der schuldige Theil von dem andern zu der unerlaubten That gereizt ist, oder wenn der Unschuldige demselben ausdrücklich, oder stillschweigend verziehen hat [a].

§. 427.

Im Fall verschiedener Religion.

Sind Eheleute verschiedener Religion, so kommen die Religions-Grundsätze eines jeden zur Anwendung. Der Katholik kann also gegen den Protestanten nicht auf Scheidung, sondern nur auf Trennung von Tisch und Bett klagen, und die, vom protestantischen Richter erkannte Ehescheidung befreyt den Katholischen Ehegatten nicht [b].

§. 428.

Ehescheidungs-Klage.

Um die Ehescheidungsklage durchzusetzen, mufs der klagende Theil die Existenz der angeführten Ursache erweisen, es sey nun direct, oder durch Beybringung solcher Thatumstände, worauf die Gesetze zu Gunsten des Klägers eine rechtliche Vermuthung bauen [c]. Wird wegen böslicher Verlassung geklagt, so mufs diese zuvörderst erwiesen, und auf Ladung des Abwesenden angetragen und erkannt werden [d]. Erscheint er, und will wieder zu dem klagenden Ehegatten zurückkehren, so mufs der letzte

[z] Boehmer I. E. P. L. 4. T. 19. §. 49. D. H. Hasenstein de separat. a thoro et mensa. Ien. 1774.

[a] Dabelow §. 285. Boehmer princ. iur. can. §. 410. Schott §. 223.

[b] I. C. Estor de divort. praesert. personar. divers. relig. in Germ. Marb. 1747. Schnaubert Beytr. 1. Thl. n. 1. §. 7. 8.

[c] cap. 12. X. de praesumt. (2. 23.). Boehmer I. E. P. L. 4. T. 19. §. 23. 29.

[d] M. G. Pauli de citatione desertoris non latitantis in caussa divortii rite facienda. Viteb. 1788. Schott §. 221.

sich diefs gefallen lassen; doch kann er verlangen, dafs der Schuldige sich eidlich vom Verdacht des Ehebruchs reinige [e]. Erscheint aber der Geladene nicht, oder verweigert er die Rückkehr, so erfolgt dann auf Verlangen die Scheidung [f].

§. 429.

II) Wiederherstellung der Ehe.

Eine getrennte Ehe kann auch wiederhergestellt werden, und zwar, 1) da wir kein Gesetz für das Gegentheil haben, durch ausgewirkte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die stattgehabte Scheidung, wobey dann alle allgemeinen Restitutions - Gründe zulässig sind; 2) durch freywillige Erneuerung der Ehe. Hiebey ist aber alles zu beobachten, was bey der ersten Eingehung der Ehe beobachtet werden mufste [g]. Ist diefs geschehen, so wird die Ehe im Zweifel ganz so restituirt, wie sie vorher bestanden hat [h].

Dritte Unterabtheilung.

Ueber die rechtlichen Wirkungen der Ehe.

§. 430.

Einleitung.

Die rechtlichen Folgen der Ehe, welche im Ganzen eintreten, auch wenn die Ehe nur einen Augenblick bestanden hat [i], sind theils durch die Gesetze bestimmt, theils können sie durch besondere Vereinbarungen näher modificirt werden. Sowohl in diesem als jenem Fall ist zu untersuchen, was die Ehe in Betreff des Verhältnisses der Ehegatten zu einander, in Rücksicht der Kinder, und in Betreff dritter Personen bewirkt, und zwar während der unangefochten bestehenden Ehe, während über die Aufhebung der Ehe gestritten wird, und nach Aufhebung derselben?

[e] Carpzov L. 2. Def. 209. L. 3. Def. 66. Leyser Sp. 314. m. 4. 5.

[f] Carpzov L. 3. Def. 58. Wernher P. 2. Obs. 204.

[g] 5. B. M. 24. v. 4. L. 18. de R. N. (23. 2.). L. 7. C. de nupt. (5. 4.) Boehmer I. E. P. L. 4. T. 19. §. 47. Voet L. 24. T. 2. §. 14.

[h] L. 40. L. 64. de iure dot. (23. 3.).

[i] H. de Cocceii de matrim. momentario. Frkf. ad V. 1701.

§. 431.

I) Gesetzliche Folgen 1) in Betreff der Ehegatten unter sich, A) während der Ehe, a) Gemeinschaftliche.

I) Nach gesetzlicher Vorschrift hat die Ehe, was 1) das gegenseitige Verhältnifs der Ehegatten, A) während der Dauer der Ehe betrifft, mancherley Wirkungen, und zwar erzeugt sie a) für beide Theile gemeinschaftlich folgende Verhältnisse. Es können nämlich A) beide Theile auf unbedingte eheliche Treue Anspruch machen [k], so wie B) auf Leistung des Beyschlafs (ius in corpus), sofern dadurch die Fortpflanzung nicht gehindert wird [l]. Ueber das Maafs findet sich aber keine Vorschrift in den Gesetzen. C) Können die Ehegatten von einander gemeinschaftliches Beysammenleben, und in Beziehung auf den Haushalt wechselseitige Unterstützung verlangen [m]. D) Unglücksfälle, welche den einen treffen, mufs der andre mit tragen, und kann, wenn sie auch vor der Ehe ein Ehehindernifs seyn sollten, sofern sie nachher eintreten, die Ehe deshalb nicht aufheben [n]. Nach dem obigen erzeugt ferner E) die eheliche Verbindung Affinitäts-Verhältnisse, so wie F) die Verpflichtung des Mannes, seiner Frau die Alimente zu geben, wozu umgekehrt auch die Frau im Nothfall verpflichtet ist [o]. Daher denn auch die, oben (§. 106—108.) erwähnte Wohlthat der Competenz. Viele geben sogar der Frau das Recht, aus der Erbmasse des Mannes die Trauerkleider, und die Alimente des Trauerjahrs zu verlangen [p]. Was von Alimenten gesagt ist, gilt gleichfalls G) in eben dem Verhältnifs von der Verpflichtung der Ehegatten, sich beerdigen zu lassen [q]; auch sind sich H) die Ehegatten eine gewisse Achtung schuldig, so dafs sie gegen einander wegen eines, vor und während der Ehe begangenen Verbrechens

[k] cap. 4. 6. 11. X. de eo qui cognovit consangu. (4. 13.).

[l] c. 3. C. 32. qu. 2. c. 5. C. 33. qu. 5. I. I. Beck von Leistung der ehelichen Pflicht. Nürnb. 1733. 4.

[m] §. 1. I. de patr. potest. (1. 9.).

[n] L. 22. §. 7. solut. matrim. (24. 3.) c. 18. C. 22. qu. 6. A. M. ist Dabelow §. 284.

[o] L. 22. §. 8. l. c. §. 37. I. de act. (4. 6.) L. 29. C. de iure dot. (5. 12.). Schoepf de aliment. uxorum. Tub. 1743. Voet L. 25. T. 3. §. 8.

[p] S. F. Willenberg de oneribus matrim. Gedan. 1702. c. 3. §. 22. 23.

[q] L. 28. de religios. (11. 7.). Stryk U. M. eod. Tit. §. 45.

keine actiones poenales und famosas anstellen können [r]. Uebrigens können alle jene persönlichen Rechte durch Anrufung des richterlichen Amtes geltend gemacht werden [s].

§. 452.

Besonders über Schenkungen unter Ehegatten. Wirkungen.

Besonders wichtig ist I) die Vorschrift, daſs Schenkungen unter Mann und Frau nicht vollgültig seyn sollen [t]. Ursprünglich waren sie durchaus nichtig [u]. Unter Sever und Antonin wurden sie insofern für gültig erklärt, daſs der Erbe des Schenkers sie nicht widerrufen könne, wenn der Schenker gestorben sey, ohne sie selbst widerrufen zu haben [x]. Bey dem Leben des Schenkers ist also die Schenkung nichtig [y], aber sie convalescirt durch den Tod [z]. So lange der Schenker lebt, hat zwar der Beschenkte einen, im Ganzen wirksamen Besitz [a], die Schenkung einer, für den Schenker usucapionsfähigen Sache gibt aber keinen Verjährungstitel wider den Dritten [b], und der Beschenkte muſs die Sache, mit Ausnahme der Zinsen und fructuum industrialium, nebst allem Zubehör, welches nicht consumirt ist, herausgeben [c]. Existirt sie, so kann der Schenker sie von dem Empfänger und jedem dritten Besitzer vindiciren [d]; sonst aber hat er eine bloſs persönliche Klage, welche in der Regel nur auf Herausgabe dessen, wodurch der gewesene Besitzer bereichert

[r] L. 2. C. rer. amotar. (5. 21.) L. ult. §. ult. C. de furt. (6. 2.).

[s] c. 23. C. 32. qu. 5. cap. 13. X. de rest. spol. (2. 13.).

[t] S. Gentilis de donat. int. V. et U. Libri 4. Hanov. 1604. 4. Retes de eod. arg. in Meermann Thes. T. 6.

[u] L. 1. h. t. (24. 1.). I. H. Boehmer de statu donat. int. V. et U. antiquo et hodierno. (Exerc. T. 4.). H. I. O. Koenig vicissitud. iur. Rom. circa don. int. V. et U. Hal. 1771.

[x] L. 32. §. 2. h. t. (24. 1.). Z. Richter de orat. D. Antonini de don. int. V. et U. confirmandis. Lips. 1759.

[y] L. 3. §. 10. eod. L. 10. C. eod. (5. 16.). A. M. ist G. L. Menken de donat. int. V. et U. non ipso iure nullis. Helmst. 1752.

[z] L. 25. C. h. t. (5. 16.).

[a] L. 1. §. 4. L. 16. de A. v. A. P. (41. 2.) L. 13. §. 1. de her. pet. (5. 3.) L. 1. §. 9. 10. de vi (43. 16.). Savigny v. Besitz. S. 43 — 45. 64.

[b] L. 1. §. 2. pro donat. (41. 6.). Meine Schr. über Bes. und Verj. 2. Thl. §. 26.

[c] L. 17. h. t. (24. 1.) L. 45. de usur. (22. 1.).

[d] L. 31. §. 2. h. t. (24. 1.) L. 27. §. ult. de R. V. (6. 1.).

ist, angestellt werden kann [e]. Der Schenker, welcher das Gegebene zurückerhält, kann jedoch den, vom Beschenkten damit gemachten Gewinn nicht einklagen [f]; auch kann er die, mit dem geschenkten Gelde gekaufte Sache nicht als sein Eigenthum vindiciren, wiewohl er, wenn der Beschenkte insolvent wird, die Sache iure separationis aus dessen Concurse ziehen kann [g].

§. 433.

Bey welchen Personen trit das Verbot ein?

Die Vorschrift dieses neueren SCts bezieht sich nur auf Schenkungen wirklicher Ehegatten, welchen denn auch putative Ehegatten gleich zu setzen sind [h]. Eine wissentlich fortgesetzte nichtige Ehe steht der Schenkung nicht im Wege, so wenig als eine gewesene Ehe, oder ein Verlöbnifs; wiewohl hier Fälle eintreten können, da der Fiscus die Schenkung als eine schändliche Gabe dem Empfänger entreifst [i]. Dagegen werden alle, mit dem schenkenden oder beschenkten Ehegatten durch Einheit der Person verbundenen Familienglieder den Ehegatten selbst gleichgestellt [k]; doch leidet diefs dann eine Ausnahme, wenn die, ihnen oder von ihnen gemachte Schenkung in ihr freyes Vermögen, oder aus demselben kam [l].

§. 434.

Bey welchen Geschäften?

Das Gesetz bezieht sich ferner nur auf Schenkungen, und was zur Bemäntelung derselben dient [m], nicht auf andre Geschäfte [n].

[e] L. 5. §. ult. L. 6. L. 7. pr. §. 1 — 5. L. 16. L. 29. L. 33. §. 1. L. 37. L. 39. L. 50. §. 1. L. 55. h. t. (24. 1.).

[f] L. 28. §. 3. eod.

[g] L. 55. eod. Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. S. 364 — 373.

[h] Vermöge §. 406. weil hier kein Gesetz die wirklich putative Ehe in Rücksicht der Schenkungen für unwirksam erklärt. Viele sind jedoch a. M. Allein s. L. 7. C. h. t. (5. 16.).

[i] L. 3. §. 1. L. 5. pr. L. 32. §. 27. 28. L. 35. L. 64. L. 65. h. t. (24. 1.).

[k] L. 3. §. 2. 5. 6. L. 5. §. 2. L. 32. §. 16. 18. 19. 20. 21. eod. H. G. Ayrer de donat. int. V. et U. Goett. 1768. cap. 1. §. 5. F. C. A. de Trütschler de donat. int. V. et U. per alium facta. Ien. 1771.

[l] L. 3. §. 4. eod.

[m] L. 5. §. 5. L. 7. §. 6. L. 32. §. 24. L. 49. h. t. (24. 1.).

[n] S. die vorh. Note, und L. 9. C. h. t. (5. 16.) L. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (5. 13.). Richter l. c. §. 15. 16.

Ist das Geschäft vermischt, so ist es bis auf die Schenkung nichtig [o]; doch besteht es ganz, wenn die, dem Ehegatten gemachte Schenkung sich nicht von den übrigen Bestimmungen des Geschäfts trennen läſst [p]. Im Zweifel wird vermuthet, daſs eine gegebene Sache geschenkt sey [q].

§. 435.

In wiefern wird die Schenkung gültig?

Steht die Schenkung als ungültig unter dem Gesetz, so hängt es vom Zufall ab, ob sie gültig werde. Stirbt der Beschenkte vor dem Schenker, so ist sie nichtig [r]; stirbt hingegen der letzte nicht nach dem ersten, — welches im Zweifel anzunehmen ist, wenn beide zugleich umkommen [s] —; so convalescirt sie, und zwar jetzt rückwärts, sofern sie nur, wenn sie 500 Aureos übersteigt, gerichtlich angezeigt ist. Geschah das letzte nicht, so kann sie durch einen letzten Willen gültig gemacht werden, welcher aber keine rückwirkende Kraft hat [t]. Das Convalesciren erstreckt sich aber nur dahin, daſs der Erbe von dem Beschenkten die Sache nicht abfodere; keineswegs aber (Schenkungen jährlicher Gefälle abgerechnet) dahin, daſs der letzte den ersten auf Uebergabe eines bloſs versprochenen Geschenks belangen kann [u]. Hat übrigens der Schenker die Schenkung ausdrücklich, oder stillschweigend, z. B. durch Veräuſserung oder Verpfändung der Sache [x], widerrufen, so kann sie dessen Erbe zurückfodern [y]. Hienach muſs man denn auch behaupten, daſs bey einem Concurs des Schenkers die

[o] L. 31. §. 3. h. t. (24. 1.).

[p] L. 5. §. 2. h. t.

[q] L. 51. eod. L. 6. C. h. t. (5. 16.).

[r] L. 1. §. ult. pro donat. (41. 6.) L. 6. L. 25. C. h. t. (5. 16.).

[s] L. 32. §. 14. h. t. (24. 1.).

[t] L. 25. C. h. t. (5. 16.).

[u] L. 23. L. 32. §. 2. L. 33. pr. §. 2. h. t. (24. 1.). Ganz, oder bis auf Abrechnung jener Ausnahme, übereinstimmend sind: Vinnius qu. sel. L. 2. c. 15. Menken Diss. cit. §. 13—29. Huber L. 23. T. 1. §. 5. Bynkershoek Obs. L. 5. c. 18. Ganz abweichend sind wegen L. 33. pr. §. 2. cit. und der unglossirten Nov. 162. c. 1. §. 1. A. Faber conj. L. 2. c. 8. Voet L. 24. T. 1. §. 5. Weber über d. nat. Verb. §. 89. a. not. 18.

[x] L. 32. §. 3. 5. l. c. L. 12. C. h. t. (5. 16.). Gentilis l. c. cap. 13. 14. 15. Die in Betreff der Verpfändung entgegenstehende Nov. 162. c. 1. §. 1. ist unglossirt. Lauterbach coll. L. 24. T. 1. §. 13.

[y] L. 32. §. 4. h. t. (24. 1.).

Concursgläubiger die Schenkung anfechten können, wenn der Concurs beym Leben, nicht aber, wenn er nach dem Tode des Schenkers ausbrach [z]. Als Nachfolger des verstorbenen Schenkers kann natürlich auch der Fiscus eine unwiderrufene Schenkung nicht anfechten [a].

§. 436.

Ausnahmen. Es gibt jedoch mehrere Fälle, da eine Schenkung unter Ehegatten gültig ist, nämlich a) wenn der Beschenkte nicht reicher dadurch wird, wohin jeder Fall gehört, da das Geschenk nicht zum Besten des Beschenkten, sondern eines Andern bestimmt ist, oder sonst das wirkliche Vermögen des Beschenkten nicht vermehrt, wie z. B. eine Grabstätte [b]. b) Wenn der Schenker selbst an den nützlichen Folgen des Geschenks Theil nimt, z. B. wenn zum Besten des Haushalts, oder zu einer Würde des Mannes etwas gegeben ist [c]. c) Wenn der Schenker nicht ärmer geworden ist. Dahin gehört, wenn er eben so viel wieder empfangen [d]; wenn er das, was er nicht verjähren konnte [e], oder einen ihm angetragenen Gewinn verschenkt [f]. Man hat dahin auch den Fall gezogen, wenn er vor der Zeit eine Schuld bezahlt, oder ein Pfand erläſst [g]. d) Wenn das Geschenk juristisch nothwendig ist, z. B. eigentlich nur zum Unterhalt und zur Bequemlichkeit des Beschenkten gereicht, wie eine nicht übermäſsige Quantität von Früchten, Dienste eines Sklaven, und dergleichen [h]. e) Wenn das Geschenk in Kleinigkeiten besteht, und gewöhnlich als Zeichen der Liebe gegeben wird [i]. f) Wenn es zur Wiederherstellung eines Gebäudes bestimmt ist [k], oder g) vom

[z] A. M. ist Leyser Spec. 312. m. 9. und wieder a. M. Hellfeld iur. for. §. 1256.

[a] L. 1. C. h. t. (5. 16.).

[b] L. 5. §. 8 — 12. L. 8. L. 9. pr. L. 34. L. 49. h. t. (24. 1.).

[c] L. 31. §. 10. L. 40. 41. 42. eod.

[d] L. 7. §. 2. L. 32. §. 14. eod.

[e] L. 25. eod. Meine Schrift über Bes. und Verj. 2. Thl. §. 26. a. E. not. 1.

[f] L. 5. §. 13. 15. eod.

[g] L. 31. §. 6. eod. L. 1. §. 1. quib. mod. pign. vel hyp. solv. (20. 6.) L. 11. C. ad SCt. Velleian. (4. 29.).

[h] L. 15. L. 17. L. 21. L. 28. §. 1. 2. h. t. (24. 1.).

[i] L. 7. §. 1. L. 31. §. 8. 9. eod.

[k] L. 14. D. eod.

Regenten der Regentinn gegeben ward [*l*]. h) Wenn das Gegegebene eine remuneratorische Schenkung ist [*m*]. i) Wenn die Schenkung eidlich bestärkt [*n*], oder k) auf den Todesfall, oder auf den Fall einer bevorstehenden sonstigen Trennung der Ehe gemacht ist [*o*].

§. 437.

Rechte wegen der Güter.

Nach deutschen Gewohnheiten und Statuten wirkt k) die Ehe sehr oft eine Gütergemeinschaft unter den Ehegatten, und zwar entweder eine allgemeine in Rücksicht des gesammten Vermögens, oder eine besondere, entweder in Rücksicht des ganzen, während der Ehe, oder nur des, durch gemeinschaftliche Arbeit gemachten Erwerbes. Die Erörterung dieser Materie bleibt aber den Vorlesungen über das einheimische Recht überlassen. Nach gemeinem Recht bleibt es also bey dem allgemeinen Princip, daſs Mann und Frau durch ihre besondern Handlüngen, die häuslichen Dienste der Frau abgerechnet, ausschlieſslich für sich, hingegen durch ihre gemeinschaftlichen Handlungen pro rata erwerben [*p*].

§. 438.

b) Besondere Rechte des Mannes.

b) Besondere Rechte des Ehemannes sind: A) daſs die Frau seiner Gewalt unterworfen ist, und ihre Handlungen nach seinem Willen einrichten muſs [*q*]. Schlagen darf er sie jedoch nicht [*r*], wiewohl viele, wegen der Vorschrift, daſs er ⅓ der donatio ante nuptias zur Strafe

[*l*] L. 26. C. h. t. (5. 16.).

[*m*] G. P. du Roi de donat. int. coniug. remunerat. absque insinuat. valid. Helmst. 1779. A. M. ist Voet L. 24. T. 1. §. 10.

[*n*] Vermöge §. 113. 114. Gail L. 2. Obs. 40. n. 5. A. M. ist F. G. Zoller D. de quaest. an donat. int. V. et U. facta iuramento accedente sit valida. Lips. 1777.

[*o*] L. 9. §. 2. L. 10. L. 11. L. 12. L. 60. §. 1. L. 61. L. 62. pr. h. t. (24. 1.).

[*p*] P. Müller de bonis const. matrim. quaesitis. Ien. 1686. I. C. Hofmann de lucro societat. coniugal. Norimb. 1705.

[*q*] L. 14. §. 1. solut. matr. (24. 3.) L. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (5. 13.) L. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. (8. 18.) van Bueren de potest. marit. in uxor. Ultr. 1736. N. F. de Heille de potest. mariti. Arg. 1769.

[*r*] L. 8. §. 2. C. de repud. (5. 17.) H. Freders Erört. d. Frage: ob ein Mann seine Frau zu schlagen berechtigt sey? Ien. 1734.

verliere, wenn er sie ohne Grund geschlagen habe, eine mäſsige Züchtigung für erlaubt halten [s]. Nach deutschen Statuten hat er oft eine eheliche Vormundschaft; doch ist dieſs kein gemeines Recht [t]. B) Erwirbt er alles, was die Frau durch häusliche Dienste, nicht aber das, was sie in Nebenstunden durch ein besonderes, vom Gewerbe des Mannes unabhängiges Metier verdient [u]; doch kann er keine, ihrer Gesundheit schädliche, oder ihrem Stande widerstreitende Dienste von ihr fodern [x]. C) Kann er verlangen, daſs sie seinem Wohnsitz folge [y], selbst dann, wenn er versprach, seinen Wohnort nicht zu ändern [z], oder wenn er ihn zur Strafe ändern muſs, es sey denn, daſs die Frau ohne Nachtheil ihrer Ehre oder Gesundheit ihm nicht folgen könnte [a]. Endlich ist er D) befugt, als vermutheter Anwald für sie im Proceſs aufzutreten [b].

§. 439.

Besonders in Betreff der Güter der Frau.

Eine besondere Erörterung verdienen E) die dem Mann an den Gütern der Frau zustehenden Rechte. Mit Uebergehung der häufigen Abweichungen particulairer Sitten und Statute, wonach z. B. der Ehemann als solcher gesetzlicher Verwalter und Nutznieſser des gesammten Vermögens der Frau ist, darf hier nur vom gemeinen Recht die Rede seyn.

§. 440.

Eintheilung in dos, paraphernа, receptitia.

Die Regel ist, daſs im Zweifel alles, was sich im Hause des Mannes oder in den Händen der Frau findet, als dessen ausschlieſsliches Eigenthum, oder als dem Vermögen des-

[s] Nov. 117. c. 14. Hommel Rhaps. Obs. 738.

[t] Pufendorf T. 1. Obs. 12. T. 3. Obs. 183.

[u] H. G. Bauer de operis uxoris ad easque praestandas obligatione. Lips. 1762. Struben 4. B. 25. Bed. A. M. ist T. Erhardt de iure mariti in acquaest. uxoris per operas artificiales.

[x] Lauterbach coll. L. 23. T. 2. §. 87.

[y] L. 5. de R. N. (23. 2.) L. ult. C. de incol. (10. 39.).

[z] L. 71. §. 2. de cond. et dem. (35. 1.) A. M. sind viele: Lauterbach l. c. §. 89. A. Kaestner quat. uxor marit. relegat. sequi teneatur. Lips. 1739. §. 14.

[a] Ueber die verschiedenen Ideen: Lauterbach l. c. §. 90. Kaestner l. c. §. 1 — 13. Schott §. 182. not. 4. Glücks Comm. 6. B. §. 514.

[b] S. unten im Proceſs die Lehre von Procuratoren.

selben erworben anzusehen ist [c]. Die Ehe hebt also das erweisliche Eigenthum derselben nicht auf. Hat die Frau, oder ein Andrer Namens derselben, dem Mann Sachen zur Bestreitung der Lasten der Ehe gegeben, so werden diese Brautschatz (dos) genannt [d]; alle übrigen Sachen der Frau heifsen Paraphernalien (bona paraphernа) [e]. Gibt die Frau dem Mann an den letzten gleichfalls Rechte, aber nicht zum Zweck der Ehe, so nennt man sie Paraphernalien im engern Sinn; hingegen Spillgüter (bona receptitia), wenn sie sich daran ihre gesammten Rechte vorbehält [f]. Von Sachen, welche in der ersten Ehe Brautschatz waren, wird in der zweyten dieselbe Eigenschaft vermuthet [g]; sonst aber streitet für den Brautschatz nicht die Vermuthung [h], die Sachen mögen bey, oder nach Eingehung der Ehe eingebracht seyn [i]; doch braucht es zur Errichtung eines Brautschatzes nicht

[c] L. 51. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 6. C. eod. (5. 16.) I. F. Eisenhard de reg. iuris, quod in casu dubio omnia bona mariti esse praesumenda sint, caute adhibenda. Helmst. 1771. A. a Leyser de praesumtione Muciana. Viteb. 1748.

[d] L. 7. pr. L. 56. §. 1. L. 76. de iure dot. (23. 3.) L. 20. C. eod. (5. 12.) I. Goddaeus tr. de iure dotium. Marb. 1594. E. Wordenhoff de iure dot. Bas. 1648. I. Finestres de Monsalvo de eod. arg. Cervar. 1754. G. Mascov electa dotal. Goett. 1739. I. G. Geyert de iure et obligat. circa dot. Goett. 1785.

[e] L. 8. L. 11. C. de pact. convent. (5. 14.) ab Eyben de iure paraphernor. (op. P. 2.) Gaertner de iuris Roman. distinct. inter dotem et parapherna foris German. non accommodanda. Lips. 1729. Auch da, wo in Deutschland der Mann gesetzlicher Nutzniefser der Güter der Frau ist, lassen sich noch immer aufser der dos und bonis receptitiis sehr wohl bona parapherna s. str. möglich denken. A. M. ist Müller ad Leyser Obs. 532.

[f] Die Unterscheidung gründet sich in L. 9. §. 3. h. t. (23. 3.) L. 8. L. 11. C. de pact. convent. (5. 14.) Grupen de uxore Rom. cap. 7. §. 7.

[g] L. 30. h. t. (23. 3.). Gail L. 2. Obs. 78. Mehrere beziehen diefs Gesetz nur auf den Fall, wenn die erste Ehe unter Lebenden getrennt ward. Schroeter de dote in secundo matrimonio tacite renovata. Ien. 1723.

[h] H. G. Bauer bona uxoris paraphernalia esse praesumenda. Lips. 1762. Das unbedingte Gegentheil behaupten Meister de bon. uxor. ex iuris Rom. praesumt. non paraphernis sed dotal. Goett. 1769. Müller ad Leyser Obs. 532. 33. A. F. v. Ende verm. iur. Abh. 1. Th. n. 13.

[i] Mit andern nimt diese Unterscheidung an Leyser Sp. 302. m. 5. 6.

grade namentlich einer Erwähnung desselben, da die Bestellung desselben auch stillschweigend geschehen kann [k].

§. 441.

Ueber die Aussteuer.

Alle Sachen der Frau müssen Brautschatz oder Paraphernalien im allgemeinen Sinne seyn, also auch die, bey uns gewöhnliche Aussteuer (apparatus, instructus muliebris). Ob sie das eine oder das andre sey, läfst sich im Allgemeinen nicht sagen, sondern mufs nach den Umständen entschieden werden [l], und es ist ohne Grund, wenn manche sie unbedingt als Art des Brautschatzes behandeln [m], und andre [n] unbedingt das Gegentheil behaupten.

§. 442.

Brautgabe. Deren Arten.

Was zuvörderst die Brautgabe und deren Bestellung betrifft, so können dem Mann unter diesem Namen sowohl vor, als nach Eingehung der Ehe, jedoch im ersten Fall unter der stillschweigenden Bedingung, dafs die Ehe erfolge, alle Arten der Sachen gegeben werden [o], selbst die gesammten Güter der Frau [p]; in allen Fällen aber nur so weit, als der, welcher die Brautgabe bestellt, die Befugnifs hat, das Recht, oder die Ausübung desselben einem Andern zu überlassen [q]. Kommt die Brautgabe aus dem Vermögen väterlicher Ascendenten, direct, oder indirect, so wird sie profectitia, in andern Fällen adventitia genannt [r], und wenn ein Dritter

[k] L. 48. §. 1. de iure dot. (23. 3.).

[l] Die Unbestimmtheit bey K. G. Rössig erste Grds. d. Deutsch. Priv. R. 7. Abschn. 3. Kap. §. 3. ist daher recht.

[m] z. B. I. G. Estor de apparat. et instruct. muliebr. Marb. 1744. cap. 2. §. 65. Pufendorf T. 1. Obs. 206. Struben 1. B. 53. Bed.

[n] Grupen de uxore theod. cap. 3. §. 9. 16.

[o] L. 6. §. 1. L. 7. §. 3. L. 21. L. 34. L. 42. L. 43. pr. L. 66. L. 81. h. t. (23. 3.) L. 12. C. eod. (5. 12.). C. H. Breuning an ususfr. in dot. dar. poss. Lips. 1771. Idem de nomine in dotem dato. Lips. 1771. Idem an in dotem nomen dari poss. Lips. 1774. Idem quid intersit inter fundum et usumfruct. fundi in dotem datum. Lips. 1774.

[p] L. 4. C. h. t. (5. 12.) I. A. Neuber de dote omn. bonor. Lips. 1714.

[q] Lauterbach coll. L. 23. T. 3. §. 24.

[r] L. 5. h. t. (23. 3.).

sich als Besteller die Rückgabe bedungen hat, dos receptitia [s].

§. 443.

Wer muſs sie geben? Der Brautschatz wird entweder freywillig versprochen und bestellt, oder vermöge gesetzlicher Vorschrift (dos voluntaria, necessaria). Eine solche gesetzliche Verpflichtung liegt ob 1) dem ehelichen Vater, und sodann den ehelichen Ascendenten von väterlicher Seite [t], die natürliche Tochter mag noch unter der Gewalt seyn, oder nicht [u], sowohl vor, als nach Eingehung der Ehe [x]; doch hält man den Vater nicht dazu verpflichtet, wenn die Tochter sich der Enterbung schuldig gemacht [y], wenn sie wider den Willen des Vaters, unter Umständen, welche denselben zum Widerspruch berechtigten, geheirathet [z], oder selbst so viel Vermögen hat, um eine Aussteuer bestellen zu können [a]; indeſs wird im letzten Fall, wenn der Vater eine Brautgabe schlechthin bestellt, vermuthet, daſs er sie von dem Seinigen gegeben habe [b]. 2) Der Mutter, jedoch nur aus wichtigen Gründen [c], welches manche auch auf mütterliche Ascendenten ausdehnen [d]. 3) Ehelichen Geschwistern, welche keine uterini sind [e]. Endlich 4) nach der Meynung vieler

[s] L. 31. §. 2. de mort. causs. donat. (39. 6.) Leyser Sp. 302. m. 16. C. M. Hofmann de dote recept. Alt. 1718.

[t] L. 19. de R. N. (23. 2.) L. 7. C. de dot. promiss. (5. 11.) A. M. sind Wernher P. 5. Obs. 127. Leyser Sp. 303. m. 11. Müller ad Leyser Obs. 540. Allein s. A. L. Homberg zu Vach de obligat. patr. ad constit. dot. non promiss. Marb. 1770.

[u] L. ult. C. de dot. prom. (5. 11.) Voet L. 23. T. 3. §. 12. A. M. ist Hofacker princ. T. 1. §. 420. Von der gleichfalls zu dotirenden Adoptiv-Tochter L. 5. §. 13. h. t. (23. 3.) kann der Satz natürlich nur während der Gewalt gelten.

[x] A. M. ist Leyser Sp. 303. m. 11. Stiglitz de necessitate patr. condit. filiab. quaerendi. Hal. 1757.

[y] Lauterbach coll. L. 23. T. 3. §. 14. 15.

[z] C. H. Breuning de dote filiae quae citra patris consens. nupsit. Lips. 1767.

[a] Müller Obs. 540.

[b] L. 7. C. de dot. prom. (5. 11.) Pufendorf T. 3. Obs. 150. A. M. ist Voet L. 23. T. 3. §. 16.

[c] L. 14. C. h. t. (5. 12.) L. 19. §. 1. C. de haeret. et manich. (1. 5.).

[d] Lauterbach coll. L. 23. T. 3. §. 9.

[e] arg. L. 12. §. 3. de administr. tut. (26. 7.) Voet l. c. §. 14.

der wohlhabenden Frau selbst [f], und 5) im Fall der Noth auch dem unehelichen Vater [g]. Uebrigens sind alle, zur Bestellung einer Brautgabe gesetzlich verpflichteten Personen, wenn die Brautgabe ohne Schuld der Frau verloren geht, zur Erneuerung derselben gehalten [h]; die ganze Verbindlichkeit fällt aber überhaupt weg, wenn dem Recht, auf Bestellung der Brautgabe zu dringen, gültig entsagt wird [i].

§. 444.

Wem ist sie zu geben?

Das Versprechen des Brautschatzes kann sowohl dem Mann, als der Frau, oder deren Stellvertretern geschehen, die Bestellung desselben aber nur dem Mann, dessen Bevollmächtigten, oder dem Ascendenten desselben, unter dessen Gewalt er sich befindet [k].

§. 445.

Gröfse derselben.

Was die Gröfse der Brautgabe betrifft, so mufs man unterscheiden, ob darüber etwas ausgemacht ist, oder nicht. In jenem Fall bleibt es dabey; im letzten hingegen ist entweder die Verpflichtung schon an sich in den Gesetzen gegründet, oder nicht. Ist jenes, so mufs der Richter das Maafs nach dem Vermögen des Verpflichteten, und dem Stande der Eheleute bestimmen, und das unbestimmte Versprechen ist dann insofern unnütz [l]; ist hingegen diefs, so ist entweder die Brautgabe schlechthin versprochen, oder nach billigem Ermessen. Im ersten Fall ist das Versprechen unnütz, im letzten aber entscheidet gleichfalls die richterliche Willkühr [m].

[f] Leyser Sp. 303. m. 2. 3. allein dawider ist L. 1. C. de dot. promiss. (5. 11.).

[g] Lauterbach l. c. §. 13. Allein s. I. Iacobs de dote ante matrimon. consummatum lucranda. Ien. 1679. Th. 16.

[h] M. Grass de redotatione eiusque iure. Tub. 1627. A. M. ist in Betreff der Brüder: Lauterbach l. c. §. 17. und ganz: F. C. Conradi de patre filiam quae dotem amisit iterum dotare non cogendo. Lips. 1728.

[i] H. Bodinus de renunciatione dotis facta. Hal. 1709.

[k] L. 57. L. 59. pr. h. t. (23. 3.).

[l] L. 60. L. 69. §. 4. h. t. (23. 3.) L. 3. C. de dot. prom. (5. 11.). Im Concurse des Vaters ist das Versprechen wichtig Pufendorf T. 1. Obs. 66.

[m] L. 1. 3. C. de dot. prom. (5. 11.) Müller ad Leyser Obs. 541.

§. 446.

Rechte des Mannes vor Bestellung der dos.

Die Rechte des Mannes vor Bestellung des Brautschatzes bestehen darin, daſs er nach eingegangener Ehe [n], sofern ihm derselbe nach den Gesetzen, oder aus einem Versprechen gebührt, auf Bestellung desselben klagen kann, und zwar in jenem Fall durch sogenannte condictiones ex lege, unter Anführung des Gesetzes, worin die Verpflichtung des Beklagten gegründet ist, also, im Fall gegen den Vater geklagt wird, mit der condictio ex lege ult. C. de dot. promissione, in diesem durch die actio ex stipulatu [o], mit welcher letzten auch die hypothecarische Klage verbunden werden kann [p]. Was insbesondere die Früchte und Zinsen der zu gebenden Brautgabe betrifft, so muſs man unterscheiden, ob ein dies a quo zur Bestellung der Brautgabe gesetzt ist, oder nicht. In jenem Fall sind sie von diesem Tage zu zahlen; im letzten Fall hingegen ist der Vater oder ein Dritter, wenn von ihnen die Brautgabe versprochen war, und keine Interpellation sie früher in Verzug brachte, erst zwey Jahre nach eingegangener Ehe deshalb verantwortlich; fand aber kein Versprechen statt, erst vom Augenblick der Interpellation [q].

§. 447.

Nach deren Bestellung.

Was die Rechte und Verbindlichkeiten des Mannes in Betreff der bestellten Brautgabe anlangt, so ist zu unterscheiden, ob dieselbe aus fungibilen Sachen, und wenn sie aus andern Sachen besteht, ob sie dem Mann gegen einen Preis käuflich übergeben ist, oder nicht. In den ersten beiden Fällen wird er voller Eigenthümer, und die Gefahr der Sache geht sofort auf ihn über [r], mit der einzigen Einschränkung, daſs die ihm käuflich überlassene Sache

[n] L. 4. §. 2. de pact. (2. 14.) L. 21. L. 68. h. t. (23. 3.).

[o] L. 4. L. 6. de dot. prom. (5. 11.).

[p] Nicht mit beiden Klagen, wie Hofacker princ. T. 1. §. 430. sagt. L. un. pr. §. 1. C. de rei uxor. act. (5. 13.).

[q] L. 31. §. 2. C. de iure dot. (5. 12.) Leyser Spec. 304. m. 5. 7. Zum Theil sind abweichend Hofacker a. a. O. Müller ad Leyser Obs. 543.

[r] L. 42. h. t. (23. 3.) L. 5. C. eod. (5. 12.).

von der Frau aus seiner Concurs-Masse vindicirt werden kann, wenn sie ohne diefs nicht im Stande ist, Befriedigung zu erhalten [s]. Die käufliche Uebertragung wird vermuthet, wenn die Brautgabe unter Bestimmung ihres Werthes auf den Mann übertragen ist (dos venditionis gratia aestimata); doch kann die Taxe auch zu dem Ende festgesetzt werden, um, auf den Nothfall, der Frau bey der Rückfoderung den Beweis des verlornen Werthes der Sache zu erleichtern (dos taxationis gratia aestimata). Für die letzte Art der Taxe streitet aber nicht die Vermuthung [t].

§. 448.

Fortsetzung. Sind die Sachen nicht fungibel, oder nicht käuflich übergeben, so erhält der Mann während der Ehe ein sogenanntes bürgerliches, und der Frau bleibt blofs ein, bey Auflösung der Ehe völlig wiederauflebendes ruhendes, oder natürliches Eigenthum [u]. Kraft des ersten ist der Mann befugt, die Sachen zu administriren, und die Frau darf sich deshalb von ihm keine Bürgschaft bestellen lassen [x], er hat den Gebrauch und Fruchtgenufs der Hauptsache, und deren Accessionen [y], er kann sie durch alle Arten der Klagen vertheidigen [z]; auch kann er sie gültig ohne Zustimmung der Frau veräufsern [a]. Nur blofs in Be-

[s] L. 30. C. eod. Struben 1. B. 83. Bed.

[t] L. 5. 10. 21. C. eod. A. M. sind Leyser Sp. 311. m. 10. Struben 2. B. 83. Bed. Müller ad Leyser Obs. 551., allein wider die Gesetze und allgemeinen Interpretations-Regeln. Cocceii I. C. L. 19. T. 3. qu. 8.

[u] pr. I. quib. alienar. lic. vel non (2. 8.) L. 13. §. 2. de fundo dotal. (23. 5.) vergl. mit L. 75. h. t. (23. 3.) L. 30. C. eod. (5. 12.). Rebhan paralipom. Meierian. p. 165. Huber Digress. L. 4. c. 9. Finestres de iure dot. L. 4. n. 1. fgg.

[x] L. 18. §. 1. solut. matr. (24. 3.) L. 8. C. de pact. convent. (5. 14.) L. 2. C. ne fideiussor. dot. dent. (5. 20.). Ueber die angebliche jetzige Unanwendbarkeit der letzten Vorschrift s. Leyser Sp. 523. m. 8. Müller Obs. 868. Eisenhard de fideiussor. dot. §. 9. (in opusc.).

[y] L. 7. pr. §. 1. L. 10. §. 2. 3. h. t. (23. 3.) L. 20. C. eod. (5. 12.) L. 7. §. 12. solut. matr. (24. 3.).

[z] L. 18. §. ult. eod. L. 24. de act. rer. amotar. (25. 2.) L. 49. §. 1. de furt. (47. 2.).

[a] arg. pr. I. quib. al. lic. vel non (2. 8.) L. 1. C. de servo pignor. dat. (7. 8.) L. 3. C. h. t. (5. 12.) L. 3. §. 2. de suis et legit. (38. 16.). Andere Ideen haben in Betreff nicht fungibler beweglicher Sachen Hell-

treff unbeweglicher Sachen ist ihm die Veräuſserung, und was derselben gleich ist [b], schlechthin verboten, selbst wenn die Frau einwilligt [c], oder nach zwey Jahren ihre Einwilligung wiederholt [d]. Der Mann kann jedoch selbst eine solche nichtige Veräuſserung nicht anfechten [e].

§. 449.

Fortsetzung.

Die Veräuſserung eines unbeweglichen Dotal-Stücks ist oder wird jedoch in einigen Fällen gültig, nämlich a) wenn sie vermöge einer Rechtsnothwendigkeit geschah [f]. b) Wenn die Veräuſserung wirklich zum Nutzen der Frau ausfiel [g]. c) Wenn die Frau ihre Einwilligung eidlich ertheilte [h]. d) Wenn die Frau Erbinn des Mannes wird, oder dieser nachher volle Eigenthumsrechte über die veräuſserte Sache erhält [i]. e) Wenn die Obrigkeit ihre Zustimmung gegeben hat [k]. Ferner f) wenn nicht die Frau, sondern ein Dritter die Rückfoderungsklage hat [l]. Endlich g) wenn dem Mann ein successor universalis folgt; doch kann dieser (bis zur Restitution) die Brautgabe nicht wieder veräuſsern [m].

§. 450.

Recht wegen der Eviction.

Wird die Brautgabe evincirt, so kann der Geber zur Evictions-Leistung nur in den drey Fällen angehalten werden, wenn er die

feld iur. for. §. 1236. Lobethan Eherecht S. 119. allein s. Voet L. 23. T. 3. §. 4. Vinnius ad pr. I. L. 2. T. 8.

[b] L. 5. 6. 7. 16. de fundo dotal. (23. 5.).

[c] pr. I. quib. alien. lic. vel non (2. 8.) L. un. §. 15. C. de rei uxor. act. (5. 13.) G. H. Boettcher vicissitud. iur. Rom. circa oblig. et alienat. fundi dotal Goett. 1797. 8.

[d] Struben 5. B. 100. Bed. Lauterbach coll. L. 23. T. 5. §. 16. Müller ad Leyser Obs. 550. A. M. ist Voet L. 23. T. 5. §. 6. wegen Nov. 61. c. 1. §. 1. 2. Allein s. Nov. 134. c. 8.

[e] Vermöge §. 82. Stryk U. M. L. 23. T. 5. §. 7. A. M. ist Lauterbach de fundo dotal. §. 27. 29.

[f] L. 1. pr. de fundo dotal. (23. 5.) L. 2. C. eod. (5. 23.). Leyser Sp. 311 m. 13.

[g] L. 26. 27. h. t. (23. 3.). So ist Leyser l. c. mit Müller Obs. 552. zu vereinigen.

[h] Vermöge §. 114.

[i] L. 13. §. ult. L. 17. de fund. dot. (23. 5.) L. 14. C. de R. V. (3. 32.).

[k] Claproth iurispr. extrai. § 180.

[l] L. 3. § 1. de fundo dot. (23. 5.) Brunnemann Comm. ibid.

[m] L. 1. §. 1. L. 2. §. 1. eod. L. 62. de A. R. D. (41. 1.).

Brautgabe vor der Uebergabe versprach, wenn er arglistig verfuhr, oder die Brautgabe dem Mann käuflich überlassen ward [n]. Doch versteht es sich, daſs die, welche an sich nicht wegen der Eviction haften, wenn sie gesetzlich zur Dotation verpflichtet sind, auch zur Redotation angehalten werden können [o].

§. 451.

Pflichten des Mannes.

Wegen des ruhenden Eigenthums der Frau ist dagegen der Mann in Ansehung aller, nicht in sein unbeschränktes Eigenthum übergehender Sachen, verpflichtet, sich der geringsten Versehen zu enthalten [p], und den positiven Fleiſs nicht zu versäumen, welchen er auf seine eignen Sachen zu wenden pflegt [q]. Geringe Versehen werden ihm nur dann verziehen, wenn die Frau in Betreff der Zurückfoderung der Sachen säumig war [r]. Der, an solchen Sachen sich ereignende Zufall trifft ihn aber nicht [s]; doch muſs er für den Genuſs der Sachen die damit verknüpften Lasten tragen [t].

§. 452.

Rechte an den Paraphernalien.

In Rücksicht der Paraphernalien hat der Mann nur die Rechte, welche ihm die Frau daran eingeräumt hat [u], und kann darüber Rechnung abzulegen gezwungen werden [x]. Er kann jedoch wegen solcher Sachen als vermutheter Anwald handeln [y], und im Nothfall die Alimente aus

[n] L. 16. h. t. (23. 3.) L. 1. C. eod. (5. 12.) G. W. Dinkler de evict. dotis. Lips. 1728. §. 10. fgg. Buchner de eo quod iust. est circa evict. in dotem datam praestandam. Giess. 1789. A. M. sind Zoesius comm. L. 21. T. 2. n. 15. Heineccii elem. pandect. L. 23. T. 3. §. 190.

[o] S. oben §. 443. und Voet L. 21. T. 2. §. 11.

[p] L. 18. §. 1. L. 25. §. 1. L. 66. pr. L. 67. solut. matrimon. (24. 3.).

[q] L. 17. pr. de iur. dot. (23. 3.).

[r] L. 9. L. 26. solut. matrim. (24. 3.).

[s] L. 10. pr. §. 1. L. 14. 15. 16. 42. h. t. (23. 3.) L. 30. C. eod. (5. 12.).

[t] L. 13. de impens. in rem dotal. fact. (25. 1.).

[u] L. 9. §. 3. h. t. (23. 3.) L. 8. C. de pact. convent. (5. 14.) I. G. Rütter ius mariti circa bona paraph. ex LL. Rom. et patriis illustrat. Goett. 1781.

[x] L. 95. pr. ad. Leg. Falcid. (35. 2.).

[y] L. 21. C. de procur. (2. 13.).

derselben verlangen [z], auch dieselben mit Einwilligung der Frau veräufsern [a].

§. 453.

c) Besondere Rechte der Frau.

Was c) die besonderen Rechte der Frau betrifft, so nimt sie A) an dem Range und Stande des Mannes, dessen Gerichtsstande, und, wenn sie mit ihm gleicher Religion ist, an dessen Parochial-Verhältnissen Theil [b]. Sie kann ferner B) verlangen, dafs der Mann in allen, sie betreffenden Rechtssachen ihre Vertheidigung übernimt [c]. C) In Betreff der Dotal-Sachen hat sie während der Ehe nur wenig wirksame Rechte. Das wichtigste ist, dafs sie wegen derselben ein gesetzliches, privilegirtes Pfandrecht hat [d]. Aufserdem kann sie, obgleich ihr in der Regel die Abfoderung der Brautgabe von dem Mann oder einem Dritten untersagt ist [e], wenigstens dann ihre Rechte geltend machen, wenn der Mann anfängt, unsicher zu werden, wenn er die Brautgabe nicht verwalten kann, oder wenn sie nahen Verwandten Alimente zu geben hat; doch kann sie nach der Restitution nicht willkührlich über die Substanz schalten [f]; auch befreyet eine unbewegliche Brautgabe sie von Cautions-Leistungen im Procefs [g]. Die Frage: ob sie an den, mit Dotal-Geldern vom Mann erkauften Sachen durch ein besonderes Vorrecht ein Eigenthum er-

[z] L. 29. C. h. t. (5. 12.).

[a] L. 6. C. de revoc. donat. (8. 56.) Stryk U. M. L. 23. T. 5. §. 6. Viele behaupten vermittelst eines unpassenden analogischen Schlusses von der dos das Gegentheil. Höpfner Comm. §. 418. not. 6.

[b] L. 65. de iudic. (5. 1.) L. 5. de R. N. (23. 2.) L. 10. C. de nupt. (5. 4.) L. 13. C. de dignit. (12. 1.) I. P. v. Ludewig de differ. iur. Rom. et germ. in dignit. uxor. Hal. 1718.

[c] L. 2. de iniur. (47. 10.).

[d] S. unten die Lehre vom Pfandrecht.

[e] L. 30. C. de iur. dot. (5. 12.).

[f] L. 73. §. 1. de iur. dot. (23. 3.) L. 20. L. 22. §. 8. L. 24. pr. sol. matr. (24. 3.) L. 20. 29. 30. C. de iure dot. (5. 12.) L. 1. C. de repud. (5. 17.) Nov. 97. c. 6. Berger L. 2. Resp. 130. Carpzov P. 2. c. 24. Def. 11. Leyser Sp. 317. Lauterbach coll. L. 24. T. 3. §. 2. Voet eod. Tit. §. 2. H. Hildebrand de dote repetenda constante matr. Ien. 1706. C. F. Hauck de uxore dotem constante matrim. repetente. Lips. 1757.

[g] L. 15. §. 3. qui satisd. cog. (2. 8.).

lange? kann aus den, sich hierüber widerstreitenden Gesetzen [*h*] nicht durch Vereinigung, sondern nur durch Vorziehen des Codex im Ganzen verneinend entschieden werden [*i*]; doch findet eine Ausnahme statt, wenn die Surrogate absichtlich, und zum Nutzen der Frau an die Stelle der veräufserten Brautgabe gesetzt sind [*k*]. D) Wegen der Paraphernalien hat sie ein gesetzliches Pfandrecht [*l*].

§. 454.

Besonders an der donatio propter nuptias.

Die Frau, welche dem Mann eine Brautgabe zugebracht hat, kann E) verlangen, dafs der Mann ihr eine, jetzt sogenannte donatio propter nuptias [*m*] einräume, zunächst zu dem Zweck, dafs sie, wenn der Mann verarmt, sich und ihre Kinder davon ernähren könne [*n*]. Auch der Vater des Mannes ist dazu verpflichtet [*o*]; doch kann die Bestellung derselben erst nach Illation der Brautgabe verlangt werden [*p*], und das Maafs darf nie die Gröfse der Brautgabe und deren Vermehrung übersteigen [*q*]. Während der Ehe ruhet das Recht der Frau so lange, bis der Mann verarmt. Dann kann sie die Sachen von ihm sowohl, als jedem dritten Besitzer abfodern, um sich die Früchte derselben zuzueignen [*r*]; auch hat sie zur Sicherheit dieser ihrer Rechte ein Pfandrecht am übrigen Vermögen des

[*h*] L. 54. de iure dot. (23. 3.) L. 12. C. eod. (5. 12.).

[*i*] Mancherley Vereinigungsversuche s. bey Faber coni. L. 5. c. 9. Cocceii L. 23. T. 3. qu. 7. Hofacker princ. T. 1. §. 445. Klüber kl. iur. Bibl. v. J. 1786. S. 168—90. Dabelow v. Concurse 2te Aufl. S. 368—72.

[*k*] L. 26. 27. de iure dot. (23. 3.).

[*l*] S. unten die Lehre vom Pfandrecht.

[*m*] C. G. Hofmann de donat. propt. nupt. Lips. 1736. a Winterfeld histor. iur. Rom. de donat. propt. nupt. Frkf. ad V. 1776. I. Rave de vera indole donat. propt. nupt. Ien. 1752. Schorch de don. propt. nupt. Rom. eiusque orig. Erf. 1787. Pufendorf T. 2. Obs. 39. T. 4. Obs. 157.

[*n*] §. 3. I. de donat. (2. 7.) L. 19. 20. C. de donat. ante nupt. (5. 3.).

[*o*] Nov. 74. c. 4. Nov. 117. c. 4.

[*p*] Nov. 91. c. 2.

[*q*] Nov. 97. c. 1. Ueber den Nichtgebrauch dieses Satzes s. Pufendorf T. 2. Obs. 39. §. 23. T. 3. Obs. 121.

[*r*] L. 20. L. 29. C. de iure dot. (5. 12.) Sind die Sachen unbeweglich, so darf sie der Mann nicht einmal mit Zustimmung der Frau veräufsern. Nov. 61.

Mannes [s], welcher, ohne daſs seine Nachlässigkeit der Frau schadet, noch besonders verpflichtet ist, jede solche Schenkung, wenn sie 500 Aureos übersteigt, gerichtlich anzuzeigen [t]. In Deutschland ist dieſs ganze Institut fast überall auſser Gebrauch gekommen [u]. Von dem, an die Stelle desselben getretenen Witthum, dem Leibgedinge, und der Morgengabe ist im Deutschen Recht zu handeln.

§. 455.

B) Rechte der Ehegatten während eines Scheidungs-Processes.

B) Durch einen angefangenen und obschwebenden Scheidungs-Proceſs ist die Ehe selbst noch nicht aufgehoben. Alle Wirkungen derselben müssen mithin fortdauren, sofern nicht etwa ein Theil interimistische Verfügungen, z.B. einstweilige Separation auswirken sollte. Der Theil, welcher in der Lage ist, von dem andern Alimente fodern zu dürfen, kann sie daher auch während des Processes verlangen [x]. Aus eben dem Grunde muſs der Mann, als gesetzlicher Schützer seiner Frau, derselben die Proceſs-Kosten vorschieſsen. Die Behauptung mancher [y], daſs er hievon frey sey, wenn er die Frau des Ehebruchs durch sofort wahrscheinlich gemachte Gründe beschuldigt habe, läſst sich mit strengen Rechtsbegriffen nicht vereinigen [z].

§. 456.

C) Verhältniſs nach getrennter, und zwar

Was endlich C) die Wirkung der Ehe nach Aufhebung derselben betrifft, so muſs man unterscheiden: a) ob sie für gleich anfangs nichtig erklärt, oder b) erst wegen

[s] Nov. 61. c. 1. Nov. 109. c. 1. T. I. Reinhardt de uxore in donat. propt. nupt. neque dominium neque ticitam hypoth. habente. Erf. 1729. Heineccius de uxore Roman. per propter nupt. donat. de alimentis tantum secura. Hal. 1740. I. F. Kees de iurib. uxor. in don. propt. nupt. Lips. 1779.

[t] Nov. 119. c. 1.

[u] Müller ad Leyser Obs. 544.

[x] I. G. Hennig von der Alimentation der Eheleute und den Kosten während des Scheidungs-Processes. Wittenb. u. Zerbst 1782.

[y] Leyser Sp. 313. m. 7. Müller Obs. 55.

[z] S. Stryk de decret. interimist. cap. 2. n. 121. Reinhardt ad Christineum Vol. 5. Obs. 30.

a) nach einer für nichtig erklärten Ehe.

neuer Umstände aufgehoben wird. In jenem Fall muſs natürlich alles in den vorigen Stand versetzt werden, und jeder muſs das Empfangene zurückgeben; doch kann der, welcher durch Schuld des andern verletzt ist, nach allgemeinen Grundsätzen seine Foderungen geltend machen [a].

§. 457.

b) Wenn sie rescindirt wird: und zwar A) durch den Tod.

Wird das Eheband in der Folge aufgelöst, so müssen, wie es sich von selbst versteht, im Ganzen die Wirkungen desselben wegfallen; indeſs bleibt nach Umständen manches hievon übrig, auch treten manche neue Folgen ein. Wird A) die Ehe durch den Tod getrennt, so kann a) jeder der Ehegatten zur zweyten Ehe schreiten, und zwar nach dem Kanonischen Recht, nicht aber nach den Grundsätzen der Protestanten, ohne eine neue Einsegnung [b]; doch sind damit, und mit der Heirath der Wittwe innerhalb des Trauerjahrs mancherley Nachtheile verknüpft [c]. b) Beide Ehegatten beerben sich unter gewissen Umständen ab intestato. Die weitere Ausführung dieses Satzes unten in der Lehre vom Erbrecht.

§. 458.

Fortsetzung.

c) Die Frau behält den Rang und Gerichtsstand des Mannes, sofern sie nicht zur zweyten Ehe schreitet [d], sich keine Unzucht zu Schulden kommen läſst [e], und den gemeinen Gerichtsstand nicht durch Aenderung des Wohnsitzes aufgibt [f]. Auch kann sie d) die Sachen des Mannes retiniren, bis sie wegen ihrer Brautgabe befriedigt ist [g].

[a] L. 8. de cond. caussa dat. (12. 4.) L. 4. L. 5. de condict. sine causs. (12. 7.) L. 1. §. 3. 4. pro dote (41. 9.) L. 10. C. de repud. (5. 17.).

[b] cap. 3. X. de secund. nupt. (4. 21.). I. C. Koch de secund. nupt. non benedicendis (opusc. iur. can. n. 5.).

[c] S. oben §. 388. 399.

[d] L. 22. §. 1. ad municip. (50. 1.).

[e] Lauterbach coll. L. 23. T. 3. §. 88.

[f] Glücks Comm. §. 520. b. not. 58.

[g] L. 29. C. de iure dot. (5. 12.) Hering de retent. in securitat. dotis permissa. Rost. 1745. G. N. Ittig de vidua usque dum ipsi satisfiat ex mariti bonis sustentanda. Vit. 1748.

§. 459.

Besonders über Rückgabe der dos.

Endlich kann e) nach Trennung der Ehe jeder Theil die, ihm gehörenden Sachen zurückfodern, und zwar, was zuvörderst die Brautgabe betrifft [h], in den Fällen, da durch den Tod das Eigenthum der Frau wieder auflebt, sofern sie selbst und ihre Stellvertreter klagen, durch die rei vindicatio [i], oder die, an die Stelle der actio rei uxoriae, auch im Fall gänzlich fehlender Verabredung, als allgemeine Rückfoderungsklage gesetzte actio ex stipulatu [k], sofern hingegen ein Dritter, d. h. jeder, welcher die Tochter nicht unter seiner Gewalt hat, sich die Rückgabe bedungen durch die, aus dem Versprechen entstehende Klage [l].

§. 460.

Wer kann sie verlangen?

Nicht immer kann die Frau selbst, oder allein die Brautgabe zurückfodern. Man unterscheide: I) die dos adventitia kann 1) von dem dritten Geber zurückgefodert werden, wenn er sich sofort bey Bestellung derselben diefs bedung [m]. 2) Ist diefs nicht der Fall, so fodert A) die lebende, der väterlichen Gewalt entlassene, Tochter die Brautgabe allein zurück, und wenn sie noch unter der Gewalt ist, der Vater Namens derselben, oder sie selbst, wenn der Vater abwesend ist; ward aber B) die Ehe durch den Tod getrennt, so treten jetzt an die Stelle der Frau deren Erben [n]. Was II) die dos profectitia betrifft, so ist zu unterscheiden: 1) der Vater hat bey Bestellung der Brautgabe, oder auch nachher, aber vor Eingehung der Ehe, sich selbst die Rückgabe bedungen, oder erlaubt, dafs ein Andrer sich dieselbe bedinge: dann geht es nach dem Vertrage [o]; 2) Es ist diefs nicht der Fall. Dann

[h] P. Barbosa tr. ad Tit. solut. matr. Frkf. 1625. Fol. I. U. Stieber de repet. dot. Basil. 1728. I. H. Rais de repetit. dot. Giess. 1741. E. C. Westphal v. d. Anfall des Heyrathsg. nach getrennter Ehe. Hal. 1779.

[i] L. 30. C. de iur. dot. (5. 12.).

[k] §. 29. I. de act. (4. 6.) L. un. pr. §. 1. 2. C. de rei ux. act. (5. 13.).

[l] L. un. §. 13. C. cit.

[m] L. 29. §. 1. sol. matr. (24. 3.) L. un. §. 13. de rei uxor. act. (5. 13.).

[n] L. 2. pr. §. 1. 2. L. 3. L. 30. §. 1. L. 35. sol. matr. (24. 3.) L. un. §. 6. 13. cit.

[o] L. 22. pr. L. 29. pr. h. t. (24. 3.).

ist weiter zu unterscheiden: A) die Tochter ist unter des Vaters Gewalt, und zwar a) lebend, dann fodert der Vater mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung derselben die Brautgabe zurück [*p*], welche dann nach der Rückfoderung gemeinschaftliches Eigenthum beider ist, im Zweifel bey einer neuen Ehe der Tochter wieder gegeben werden mufs, und nach des Vaters Tode der Tochter allein verbleibt [*q*]. Es kann jedoch der Vater die Tochter bey der Rückfoderung wegen schlechter Sitten ausschliefsen; so wie die Tochter, wenn der Vater moralisch verdorben, oder nicht im Stande ist, sein Recht geltend zu machen, allein klagen kann [*r*]. Ist aber b) die Tochter gestorben, so klagt der Vater allein [*s*]. War dagegen B) die Tochter emancipirt, und lebte sie a) bey Trennung der Ehe, so hat sie allein, sonst aber b) wenn ihr Tod die Ehe trennt, der Vater ein ausschliefsliches Klagrecht, und zwar nach den Gesetzen selbst dann, wenn die Tochter Kinder hinterlassen hat [*t*]. Lebt der Vater aber selbst nicht mehr, wenn die Tochter stirbt, so fällt natürlich die Brautgabe in diesen beiden Fällen unter A. B. auf deren Erben [*u*].

§. 461.

Von wem? Der Beklagte ist bey Rückfoderung der Brautgabe jeder, welcher sich dieselbe bestellen liefs, oder sich wegen der Rückgabe verbindlich

[*p*] L. un. §. 13. 14. C. de rei ux. act. (5. 13.) L. 2. §. 1. L. 3. h. t. (24. 3.).

[*q*] L. 2. §. 1. L. 3. L. 22. §. 1. 5. 6. h. t. (24. 3.) Nov. 97. c. 5.

[*r*] L. 2. §. 1. 2. L. 3. L. 22. §. 1. L. 34. L. 37. eod.

[*s*] L. 6. pr. de iur. dot. (23. 3.) L. 4. C. sol. matr. (5. 18.) L. un. §. 11. 14. C. de rei ux. act. (5. 13.). Voet L. 24. T. 3. §. 7.

[*t*] L. 17. ad SCt. Mac. (14. 6.) L. 26. §. 2. de pact. dotal. (23. 4.) L. 71. de evictiou. (21. 2.) L. 10. pr. L. 59. solut. matr. (24. 3.) L. 6. pr. de iure dot. (23. 3.) L. 5. de divort. (24. 2.). Faber coni. L. 3. c. 4. fgg. Merenda controv. L. 3. c. 5. Pufendorf T. 1. Obs. 69. T. 4. Obs. 137. Lauterbach coll. L. 24. T. 3. §. 7. A. M. sind mit G. v. dem Busche exerc. qua dos profectit. vivo patre liberis ex filia emancipata in matrimon. mortua superstitibus iure communi vindicatur. Goett. 1749. die mehrsten Practiker Leyser Sp. 319. m. 1. Struben 3. B. 19. Bed. Höpfner Comm. §. 132.

[*u*] arg. der not. q. r. cit. Gesetze.

machte, und dessen Erbe, so wie jeder, welcher die Brautgabe wirklich besitzt [x].

§. 462.

Leistungen des Beklagten.

Wird der Beklagte blofs als Besitzer auf Herausgabe belangt, so kann natürlich nach Umständen nichts weiter von ihm gefodert werden, als was jeder Besitzer in gutem oder bösem Glauben leisten mufs. Ist er aber dazu besonders verpflichtet, so mufs er, 1) wenn die Sachen in sein volles Eigenthum übergegangen sind (§. 447.), die empfangenen fungibilen Sachen in gleicher Maafse und Güte, und für andre deren bestimmten Preis wiedergeben [y]. Hat er sich vorbehalten, den Werth oder die Sachen zu restituiren, und die letzten existiren noch, so kann er sich durch Herausgabe derselben, selbst wenn sie verschlimmert sind, befreyen [z]; auch kann die Insolvenz des Mannes die Frau berechtigen, die käuflich gegebenen Sachen zu vindiciren [a]. Sind aber 2) die Sachen in specie zu restituiren, so mufs A) die Hauptsache selbst mit allen Accessionen herausgegeben werden [b]. Ist sie ohne Schuld des Mannes abgenutzt, oder consumirt, so braucht er den Werth nicht zu geben [c]. Dasselbe findet nach dem Recht der Pandekten statt, wenn die Frau Kleider als Brautgabe eingebracht hat [d], wiewohl Justinian nach seinen Grundsätzen über den sogenannten Quasi-Ususfructus der Kleider [e] diese Bestimmung [f] sehr inconsequent beybehalten hat. Der Mann kann ferner B) wegen jedes, seiner Schuld beyzumessenden Schadens verantwortlich gemacht werden [g].

[x] L. 22. §. 12. L. 31. pr. L. 46. sol. matr. (24. 3.) L. 2. L. 9. C. eod. (5. 18.).

[y] L. 42. de iure dot. (23. 3.) L. 5. C. eod. (5. 12.).

[z] L. 10. §. ult. L. 11. de iure dot. (23. 3.).

[a] S. oben §. 447.

[b] L. 10. §. 1. de iure dot. (23. 3.) L. 21. C. eod. (5. 12.).

[c] L. 10. pr. §. 1. L. 17. de iur. dot. (23. 3.) L. 49. §. 1. solut. matrim. (24. 3.).

[d] Eine solche datio vestiment. in dotem kann stattfinden, wie in L. 10. pr. de iure dot. (23. 3.). Das blofse Mitbringen gehört aber noch nicht dahin.

[e] §. 2. I. de usufr. (2. 4.).

[f] Sie steht L. 10. pr. de iure dot. (23. 3.); aber doch ist der Satz controvers. Vergl. Leyser Sp. 304. m. 3. 4. Hommel rhaps. Obs. 60. und dawider Pufendorf T. 1. Obs. 206. §. 17—21. Müller ad Leyser Obs. 301.

[g] Vergl. oben §. 451.

Endlich können C) die, über die Zeit der Ehe gezogenen Früchte, nebst 4. pct. Verzugszinsen von ihm gefodert werden [*h*]. Das Ende der Ehe ist der Punct, wo sein Recht auf die Früchte aufhört, der Augenblick der Bestellung der Brautgabe aber, oder, wenn sie vor der Ehe bestellt war, der Augenblick der Eingehung der Ehe, ist der Punct, wo es anfängt [*i*].

§. 463.

Zeit der Einfoderung.

Ist über die Zeit der Rückgabe des Brautschatzes nichts ausgemacht, so können körperliche unbewegliche Sachen sofort, andre aber erst ein Jahr nach getrennter Ehe zurückgefodert werden [*k*]. Die gemeine Behauptung [*l*], dafs die Frau dafür, wenn sie es bedürfe, ein Jahr die Alimente aus der Masse fodern könne, ist, wenn die Früchte der Sachen nicht so viel betragen, offenbar widernatürlich.

§. 464.

Beweis des Klägers.

Die Rückfoderungs-Klage setzt aber vor allen Dingen den Beweis der Illation voraus, welche in manchen Fällen durch eine Handschrift des Mannes unumstöfslich dargethan werden kann [*m*]. Gegen die, denen der Mann etwas zu geben schuldig ist, kann aber eine solche Handschrift um so weniger etwas beweisen, da derselben nicht blofs der Verdacht der Parteylichkeit für die Frau entgegen steht, sondern auch der entscheidende Umstand, dafs der Mann, als Nutzniefser der, nicht in seinen Concurs zu ziehenden Brautgabe auf einen möglichen Fall eine solche Handschrift zu seinem eignen Vortheil ausstellt [*n*].

[*h*] L. 7. §. 1. 2. 3. L. 31. §. ult. sol. matr. (24. 3.) L. un. §. 9. C. de rei uxor. act. (5. 13.) Cuiac Obs. L 14. c. 22. Suerin repet. lect. c. 52. (Otto Thes. T. 4.) Cocceii I. C. L. 24. T. 3. qu. 2.

[*i*] L. 7. §. 1. de iure dot. (23. 3.) L. 7. §. 1. L. 11. L. 31. §. ult. solut. matr. (24. 3.).

[*k*] L. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (5. 13.).

[*l*] Westphal v. Anf. des Heirathsg. §. 23.

[*m*] Die Entwicklung dieser Sätze folgt unten in der Lehre von der Beweiskraft der Urkunden.

[*n*] Ueber die Ideen anderer s. Struben 4. B. 107. Bed. Hommel Rhaps. Obs. 455. Müller ad Leyser Obs. 572. 573. Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. S. 618.

§. 465.

Gegenfoderungen des Beklagten.

Der Beklagte kann aber auch unter Umständen mancherley Gegenansprüche machen. Nämlich 1) steht gewissen Personen die Wohlthat der Competenz zu [o]; auch kann 2) für manche Verwendungen Entschädigung gefodert werden. Man unterscheide: A) sind die Verwendungen und Auslagen auf die, Früchte, und in Rücksicht derselben gemacht, so erhält der Beklagte keine Vergütung, wenn sie nicht auf die zu restituirenden Früchte gewandt sind [p]. B) Sind sie auf die Sache selbst gewandt, so sind sie entweder a) nothwendige. Diese werden dem Mann vergütet, wenn sie bedeutend [q], und aufserordentlich waren, wie z. B. Procefs - Kosten [r], nicht aber wenn sie nach der Natur der Sache als etwas gewöhnliches nöthig waren, um dieselbe zu erhalten [s]. Wegen der ersten kann der Beklagte entweder die Einrede der Compensation, oder Retention vorschützen [t], oder nach Herausgabe des Brautschatzes als Bezahler einer Nichtschuld, als Geschäftsführer, oder, wenn er Auftrag hatte, als Bevollmächtigter dieselben klagend verfolgen [u]. Auch b) wegen der wirklich, aber nicht im Uebermaafs, oder im Auftrage der Frau aufgewandten nützlichen Auslagen kann Vergütung gefodert werden [x]; aber der Beklagte darf sie nicht durch Einreden verfolgen, sondern ist unbedingt gehalten, die Sache herauszugeben, und sodann als Geschäftsführer oder Mandatar auf Entschädigung zu klagen [y]. Endlich c) wegen der zierenden Verwendungen kann, selbst

[o] S. oben. §. 107.

[p] L. 3. §. 1. L. 13. L. ult. de impens. in rem dotal. (25. 1.) Maiansius de expens. in rem dot. fact. (Disp. T. 1.) Voet L. 25. T. 1. §. 5.

[q] L. 12. eod.

[r] L. 1. §. 3. eod. Wernher lect. c. L. 25. T. 1. §. 2. Müller ad Leyser Obs. 575. A. M. ist Leyser Sp. 321. m. 5.

[s] L. 4. L. 15. eod.

[t] L. 5. pr. §. 2. eod. L. 56. §. ult. de iure dot. (23. 3.) L. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (5. 13.) Faselius vom Ret. R. §. 17. A. M. ist Voet l. c. §. 1.

[u] L. 5. §. 2. L. 12. h. t. (25. 1.) L. 7. §. ult. solut. matr. (24. 3.).

[x] L. 8. h. t. (25. 1.) L. 25. de pignor. act. (13. 7.).

[y] L. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (5. 13.) Cocceii I. C. L. 25. T. 1. A. M. ist in Betreff der Einrede der Compensation Lauterbach coll. L. 25. T. 1. §. 10.

wenn sie mit Willen der Frau gemacht sind, nichts gefodert werden, es sey denn, daſs die Frau der, dem Mann erlaubten unschädlichen Trennung derselben widerspräche [z].

§. 466.

Rückfoderung anderer Sachen.

Wegen der übrigen Sachen muſs sich jeder Theil der gewöhnlichen Rechtsmittel bedienen [a]. Nur im Fall eines Diebstahls finden besondere Grundsätze statt. Geschah er 1) vor der Ehe, so findet nach Aufhebung derselben nur die condictio furtiva statt [b]; geschah er 2) in der Ehe, und zwar in Erwartung der Ehescheidung, so haben der Bestohlne und dessen Erben die actio rerum amotarum directa [c]; geschah er hingegen in Erwartung des Todes, so stellt der Bestohlene selbst diese Klage utiliter an [d]; der Erbe desselben hat aber nur die hereditatis petitio, actio ad exhibendum, und condictio ob injustam caussam [e]. Gegen den entwendenden Ehegatten geht die actio rerum amotarum auf Restitution der Sachen nebst Zubehör, oder deren Werth, ohne daſs er sich auf die Wohlthat der Competenz berufen kann [f], gegen dessen Erben aber bey den Römern nur so weit, als der Diebstahl sie bereichert [g], welches jetzt aber wegfällt [h]. Die actio rerum amotarum setzt aber die erfolgte Aufhebung der Ehe voraus [i], den einzigen Fall abgerechnet, daſs wegen einer, dem Ehegatten entwandten fremden Sache geklagt wird [k]. Denn sonst ist es Regel, daſs während der Ehe nur die actio in factum oder rei vindicatio stattfindet [l]. Endlich sind 3) wegen eines, nach getrennter Ehe begangenen Diebstahls alle gewöhnlichen Rechtsmittel offen [m].

[z] L. 9. 10. 11. h. t. (25. 1.) L. un. §. 5. C. cit.

[a] L. 9. §. 2. de iure dot. (23. 3.).

[b] L. 3. §. 2. de act. rer. amot. (25. 2.).

[c] L. 6. §. 3. L. 17. pr. eod.

[d] L. 21. pr. eod.

[e] L. 6. §. 5. L. 22. §. 1. eod.

[f] L. 1. L. 3. §. 3. L. 17. §. 2. L. 21. §. ult. eod. L. 2. C. eod. (5. 21.).

[g] L. 6. §. 4. D. L. ult. C. loc. cit. Faber Err. pragm. D. 8. Er. 1.

[h] S. oben §. 68.

[i] L. ult. D. eod.

[k] L. ult. §. ult. C. de furt. (6. 2.).

[l] L. 2. C. h. t. (5. 21.).

[m] L. 3. pr. D. l. c.

§. 467.

B) Folgen nach Aufhebung der Ehe durch Ordensgelübde.

Wird die Ehe B) durch Eintritt in geistliche Orden aufgehoben, so ist es anzusehen, als ob sie durch den Tod getrennt wäre, das Vermögen des Recipirten fällt, wenn keine Kinder vorhanden sind, dem Kloster zu, der andre Theil aber fodert, wie bisher angegeben, seine Sachen zurück; auch kann er das, ihm auf den Fall des Todes Versprochene fodern, und zu einer zweyten Ehe schreiten [n].

§. 468.

C) Folgen der Ehescheidung.

Hebt endlich C) eine richterliche Scheidung die Ehe auf, so ist eben dadurch alles, was vorhin als Folge der Ehe angegeben ward, vernichtet, und die, von den Gesetzen auf den Fall der Trennung durch den Tod den Ehegatten gegebenen Vorrechte können nicht hieher gezogen werden. Auch versteht es sich von selbst, dafs jeder sein Vermögen im Ganzen eben so, als ob der Tod die Ehe getrennt hätte, zurückziehen kann, so wie alles, was er dem andern als Ehegatten versprochen hat. Nach Deutschen Sitten pflegt die Frau den Namen des Mannes zu behalten.

§. 469.

Besonders in Betreff des Schuldigen.

Es treffen jedoch den schuldigen Ehegatten mancherley Nachtheile. Nämlich 1) der unschuldige Theil kann, wenn es seine Religion erlaubt [o], nach der Scheidung wieder heirathen, der schuldige hingegen nicht ohne besondere Dispensation [p]; auch sind 2) die Kinder bey dem unschuldigen auf Kosten des schuldigen zu erziehen [q], sofern es der Richter nicht ungerathen findet. 3) Bey jeder, selbst wegen vollgültiger Rechtsvermuthungen erkannten Ehescheidung [r], verliert die schuldige Frau

[n] L. 53. §. 3. L. 56. C. de episc. et clericis (1. 3.) Nov. 22. c. 5. Nov. 117. c. 10. Westphal v. Anfall d. Heirathsg. §. 10. Dabelow Eher. §. 331 — 333.

[o] Schnaubert Beytr. 1. Th. 1. Abh. Schott Eher. §. 221.

[p] Wernher P. 1. Obs. 204. Carpzov iurispr. consist. L. 3. Def. 271.

[q] L. un. C. divort. facto ap. quem lib. mor. (5. 24.) et Auth. ibid.

[r] Quistorp Beytr. n. 54.

zur Strafe die Brautgabe, der Mann die donatio propter nuptias, oder, wenn dergleichen nicht da ist, ¼ des ganzen Vermögens; jedoch dann nie über 100 Pfund Goldes. Sind Kinder da, so darf der unschuldige Ehegatte, zum Besten der Kinder, über jenen Gewinn nichts verfügen, und empfängt nur unter Vorbehalt des Dispositionsrechtes auf den Todesfall zum Vortheil eines der Kinder, einen lebenslänglichen Niefsbrauch; sonst aber das volle Eigenthum. Diese Strafe trit ein, der schuldige Theil mag nun einen Ehebruch, oder ein anderes Vergehen begangen haben [s]. 4) Hat die Frau einen Ehebruch begangen, so trifft sie aufserdem die Strafe, dafs sie ihr ganzes sonstiges Vermögen verliert, die Kinder erhalten davon ⅔, nach diesen die Abscendenten ⅓; sonst fällt alles an das Kloster. Beging der Mann den Ehebruch, so verliert auch er sein Vermögen, und zwar zunächst zum Vortheil der De- und Ascendenten der ersten drey Grade. Nach diesen folgt der Fiscus [t]. 5) Beschuldigt der Mann die Frau fälschlich des Ehebruchs, so kann sie auch deswegen, nach Römischem Recht, die Ehe trennen, und aufser den allgemeinen Strafen der verschuldeten Scheidung noch ⅓ der donatio propter nuptias fodern, wenn keine Kinder da sind. Denn sonst fällt das ganze übrige Vermögen des Mannes den Kindern zu [u].

[s] L. 8. §. 4. 7. L. 11. C. de repud. (5. 17.) cap. 4. X. de donat. int. V. et U. (4. 20.). Darin hat Nov. 134. cap. 10. durchaus nichts geändert, und hätte sie es, so ist ihr cap. 4. cit. wieder entgegen. I. H. Boehmer de privat. dot. c. 1. §. 20. (exerc. T. 4. n. 63.) I. G. Siegel de bon. uxor. malitiose desertr. §. 8. Pufendorf T. 3. Obs. 122. T. 4. Obs. 240. A. F. Schott de uxore desertrice dote sua ex regula quidem, non semper tamen privanda. Lips. 1779. I. G. Henning vom Recht und Verlust des Vermögens der Frau bey erfolgter Scheidung durch Ehebruch und bösliche Verlassung. Wittenb. 1784. I. F. M. Kapf de effectu divortii quoad bona. Tub. 1792. A. M. sind Mevius P. 7. Dec. 162. der Vfssr. der Abh. Entscheidung der Frage, ob nach erfolgter Ehescheidung wegen Verweigerung der ehel. Pflicht die allg. in D. gelt. Rechte u. d. Prov. Ges. d. Hzthm Würtenb. den schuldigen Ehegatten mit dem Verlust des Heyrathsg. bedrohen. 1776.

[t] Nov. 117. C. 8 § 2. vergl. mit Nov. 134. cap. 10. Ueber den Gebrauch Hofacker T. 1. §. 493. not. a.

[u] Nov. 117. cap. 9. §. 4.

§. 470.

Fortsetzung.

Diese sogenannten Privations-Strafen können nach allgemeinen Grundsätzen (§. 68.) weder durch die Erben, noch gegen die Erben des Schuldigen durch eine Klage verfolgt werden, wenn der verstorbene unschuldige Theil die Klage nicht schon präparirt hatte [x]; wohl aber können die Erben des unschuldigen sich durch Einreden im Besitz schützen [y]. Ueberhaupt aber fallen jene Strafen ganz weg, wenn der andre Theil selbst zu dem, die Scheidung bewirkenden Facto Veranlassung, oder Erlaubnifs gegeben [z], wenn jeder sich gleich vergangen [a], der unschuldige dem schuldigen verziehen [b], oder in Verträgen die Strafe erlassen hat [c], endlich wenn die Scheidung gegen den abwesenden Ehegatten ohne vollen Beweis der arglistigen Verlassung erkannt ist [d], nicht aber wenn der unschuldige dem schuldigen verziehen hat, wegen eines neuen Verbrechens desselben die Ehescheidung erfolgt, und wegen dieses letzten auf Privation geklagt wird [e]. Uebrigens können diese Strafen die, einem Dritten an der Brautgabe, oder donatio propter nuptias zustehenden Rechte nicht aufheben [f].

§. 471.

Fortsetzung.

Höchst wahrscheinlich haben die Gesetze jene Privations-Strafen (welche eben deswegen noch jetzt anwendbar sind) festgesetzt, um den Unschuldigen wegen der, aus der Aufhebung der Ehe von selbst folgenden Aufhebung der gesammten Wirkungen derselben zu entschädigen, und man sollte daher den Unschuldigen, wie den Schuldigen, von allen übrigen, nur dem Ehegatten durch Gesetze oder Verträge bestimmten Vortheilen ausschliefsen. Allein die gemeine Meynung

[x] L. 15. §. 1. sol. matr. (24. 3.) Mevius P. 7. Dec. 164.

[y] cap. 4. X. de donat. int. V. et U. (4. 20.). Pufendorf T. 3. Obs. 122.

[z] Pufendorf T. 4. Obs. 240. Hommel Rhaps. Obs. 609. Püttmann advers. L. 1. c. 8.

[a] cap. 6. X. de adult. (5. 16.) Pufendorf T. 3. Obs. 123.

[b] cap. 4. X. de donat. int. V. et U. (4. 20.) L. 13. §. 10. ad L. Iul. de adult. (48. 5.).

[c] Schott a. a. O.

[d] Schott a. a. O.

[e] Leyser Sp. 313. m. 13. vergl. mit Müller Obs. 557.

[f] L. ult. C. de repud. (5. 17.). A. M. ist Siegel l. c. §. 9. fgg.

weicht hievon ab, ohne dafs man jedoch über die Grenzen einig ist [g], wiewohl es offenbar genug scheint, dafs Consequenz hier entweder alles geben, oder alles versagen mufs.

§. 472.

2) Verhältnisse in Betreff der Kinder.

2) In Rücksicht der Kinder begründet die Ehe theils solche Rechtsverhältnisse, welche direct zwischen Aeltern und Kindern stattfinden, theils solche, welche die Aeltern in Beziehung auf die Kinder gegen einander verfolgen. Von den ersten ist schon oben (§. 347—367.) gehandelt. Die letzten finden theils während der Schwangerschaft, theils nach der Geburt des Kindes statt.

§. 473.

Während der Schwangerschaft.

Um das Unterschieben der Kinder zu verhindern, ist durch das SCtum Plancianum verordnet, dafs nach der Ehescheidung die Frau, welche sich für schwanger hält, dem Mann binnen 30 Tagen ihre Schwangerschaft anzeigen, und die, zu ihrer Aufsicht von demselben gesandten Personen bey sich behalten soll [h]. Leugnet, oder verbirgt sie die Schwangerschaft, so darf der Mann laut eines Rescripts von Antonin und Verus zu ihrer Besichtigung Hebammen schicken; doch ist er als Injuriant verantwortlich, wenn er es aus Chikane that [i]. Nach dem Tode des Mannes mufs die Wittwe vermöge des prätorischen Edicts allen dabey interessirten Personen binnen 30 Tagen ihre Schwangerschaft anzeigen, und sich den, von denselben gewählten, im Edict genau bestimmten Vorsichtsmaafsregeln unterwerfen [k]. Dagegen kann die schwanger befundene Wittwe, wenn sie alles Wesentliche beobachtet hat [l], verlangen, in dem Besitz des Vermögens des verstorbenen Mannes zu bleiben, um daraus die Alimente bis zur Geburt des Kindes zu

[g] Vergl. z. B. Dabelow Ehor. §. 337. Hofacker princ. T. 1. §. 494. Malblank princ. §. 643.

[h] L. 1. §. 10. L. 3. §. 1. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.). B. G. Struv de partu suppos. et custodia corp. femin. illustr. (iurispr. her. c. 5.).

[i] L. 1. pr. §. 1—9. de inspic. ventr. (25. 4.).

[k] L. 1. §. 10. fgg. eod.

[l] L. 1. §. 10. fgg. L. 2. §. 1. eod.

ziehen, welche sie, auch wenn sie sich aus Versehen für schwanger gehalten hat, nicht zu vergüten braucht; nur darf sie keinen Andern arglistig in den Besitz mit aufnehmen [*m*].

§. 474.

Nachher. Actio de partu agnoscendo.

Nach der Geburt des Kindes kann natürlich der Vater kraft seiner väterlichen Gewalt die, ihm in Rücksicht des Kindes zustehenden Rechte gegen jeden schützen. Leugnet er dagegen der Frau ab, daſs das Kind von ihm sey, so muſs die Frau durch die actio de partu agnoscendo auf Anerkennung desselben dringen. Nicht in allen Fällen aber kann sie diese Klage anstellen, auch nicht immer ohne Beweis. Man unterscheide: I) Wird das Kind in der Ehe geboren, so geschieht dieſs entweder vor, oder nach der gesetzlichen Zeit (§. 365.). In jenem Fall muſs die Frau bey Anstellung der Klage die Paternität beweisen, in diesem hingegen kann der Mann vermöge eines namenlosen SCti aus Hadrians Zeiten nur durch einen vollständigen Gegenbeweis sich der Anerkennung des Kindes entziehen [*n*]. II) Wird es nach getrennter Ehe geboren, so hat entweder 1) die Frau alles gethan, was sie nach §. 473. beym Leben des Mannes nach getrennter Ehe thun muſs. Ist dieſs, so hat entweder A) der Mann bey der Denunciation der Paternität widersprochen: alsdann braucht er das Kind nur insofern anzuerkennen, als es das seinige ist. Die Frau muſs mithin, wenn auch aus der, zur gehörigen Zeit geschehenen Geburt (§. 366.) die Vermuthung für die eheliche Geburt streitet, sich dennoch auf den Gegenbeweis des Mannes einlassen [*o*]. B) Er hat nicht widersprochen. In diesem Fall ist die actio de partu agnoscendo unumstöſslich wider ihn begründet; doch kann er gegen das Kind selbst sein Leugnen durchführen [*p*]. Hat aber 2) die Frau jene Vorschriften nicht beobachtet, so ist sie von jener Klage ganz ausgeschlossen; doch kann das Kind durch die actio

[*m*] Tit. Pand. si ventr. nom. in poss. missa (25. 5.) Tit. si mulier ventr. nom. in poss. calumn. causs. (25. 6.).

[*n*] L. 1. §. 14. L. 3. §. 1. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.). L. 6. de his qui sui vel al. iur. (1. 6.).

[*o*] L. 1. §. 4. eod.

[*p*] L. 1. §. 4. 15. eod.

de filiatione affirmativa selbst seine Rechte vertheidigen [q]. Man gestattet jetzt auch der Mutter eines unehelichen Kindes utiliter die actio de partu agnoscendo auf Alimente und Satisfaction [r], so wie man in manchen Fällen, während die Klage anhängig ist, den Vater zur interimistischen Alimentation verpflichtet [s].

§. 475.

3) Verhältnisse zu einem Dritten.

3) In Beziehung auf dritte Personen hat die Ehe nach gemeinem Recht nur die wenigen singulairen Folgen, dafs der Mann die, seiner Frau zugefügte Injurie eben so, als ob sie ihn selbst getroffen hätte, ahnden, als vermutheter Anwald für sie auftreten, auch überhaupt seine ehelichen Rechte durch dingliche und persönliche Klagen gegen Dritte verfolgen kann [t], und dafs, wie unten weiter auszuführen ist, Intercessionen für den Mann in der Regel nichtig sind [u]. Sonst bleibt es bey den allgemeinen Grundsätzen. Contrahiren daher Mann und Frau, ohne dafs diese für jenen intercedirt, eine Schuld, so haftet jeder pro rata, und wenn beide zusammen etwas erwerben, wohin auch unbestimmt beiden gegebene Hochzeitsgeschenke (dona nuptialia) gehören, so haben beide theilweise Rechte daran [x]. Wer dagegen allein Selbstschuldner wird, ist allein verbunden. In Ansehung der, zum Zweck der Ehe contrahirten (ehegesellschaftlichen) Schulden [y] kann man nach allgemeinen Grundsätzen (abgesehen von der

[q] L. 1. §. 6. 8. 11. 13. eod. Andre Ideen über diese Klage hat C. Gmelin über die Präjudicial-Klage de partu agnoscendo. Erl. 1781. 8. §. 15. fgg. Allein s. Deutsche Bibl. Anhang zu B. 36—57. 1. Abth. S. 108—109.

[r] Schmidt v. d. Kl. u. Einr. §. 394—398.

[s] Leyser Sp. 325. m. 1. 2. Müller Obs. 578. 579.

[t] L. 2. de iniur. (47. 10.). Lauterbach coll. L. 23. T. 2. §. 84.

[u] Nov. 134. c. 8.

[x] L. 17. ad SCt. Vellei. (16. 1.). Weber Beytr. z. d. Lehre v. d. Kl. u. Einr. 1. St. nr. 2. not. 3. Emminghaus ad Cocceii I. C. L. 16. T. 1. qu. 6. P. Müller de dono nuptiali. Ien. 1683. M. F. Lochner de donis nupt. Alt. 1748. Lauterbach L. 23. T. 3. §. 47. Leyser Sp. 306.

[y] W. A. Lauterbach de aere alien. in societat. coniug. contr. solvendo. Vit. 1740. C. L. Crell de aere alieno uxoris viduae ex dote omn. boner. exsolv. Vit. 1743. C. G. Gmelin de obligat. uxor. ad solvend. debita a coniug. contr. Tub. 1785.

Deutschen Gütergemeinschaft §. 437.) nur folgende Theorie aufstellen: 1) contrahirt der Mann solche Schulden, so ist er allein zu belangen, und es findet gegen die Frau keine actio de in rem verso statt, weil der Mann die Lasten der Ehe zu tragen hat, es sey denn, daſs er in einem Augenblick etwas aufnahm, da wegen seiner Armuth die Frau ihn und die Kinder zu ernähren schuldig war [z]. Hat hingegen 2) die Frau contrahirt, und das Erhaltene zum Zweck der Ehe verwandt, so kann gegen sie als Contrahentinn geklagt werden, wenn nicht nach der Lage der Sache das Geschäft als Intercession zu behandeln ist [a]; gegen den Mann hingegen hat, sofern er bereichert ist, die actio de in rem verso statt. Auf die Sachen der Frau, deren Genuſs der Mann hat, kann wegen eines Contracts der Frau nur insofern die Execution gerichtet werden, als die Frau rechtlich verbunden war, das Geschäft zum Zweck der Ehe einzugehen [b].

§. 476.

II) Folge der Ehe bey besondern Verabredungen. Eintheilungen.

II) Die, durch die Gesetze als Folgen der Ehe angeordneten Verhältnisse können durch Verträge mannigfaltig modificirt und geändert werden, und zwar von den Ehegatten vor, oder nach Eingehung der Ehe, sofern sie im letzten Fall keine verbotene Schenkung enthalten, vom Vater oder einem Dritten, aber nur in den bereits angegebenen Zeitpuncten [c]. Werden sie bloſs über persönliche Verhältnisse der Ehegatten geschlossen, so nennt man sie pacta nuptialia; betreffen sie hingegen die dos oder donatio propter nuptias, so heiſsen sie pacta dotalia [d], unter welchem letzten Ausdruck man jetzt auch die, auf Erbschaften sich beziehenden Verträge begreift. Ein, über jene aufgenommenes Instrument heiſst instrumentum

[z] Die Beweise liegen in §. 374.

[a] L. 8. §. 14. ad SCt. Vellei. (16. 1.).

[b] Leyser Sp. 302. m. 15. 16. vergl. mit Müller Obs. 534.

[c] S. oben §. 460. und Voet L. 23. T. 4. §. 1. Lauterbach coll. eod. Tit. §. 6. Ueberhaupt: S. F. Willenberg de pactis antenuptialibus. Ien. 1729.

[d] Vinnius ad §. 13. I. de nupt.

nuptiale; hingegen instrumentum dotale (Ehezärter), wenn es die letzten betrifft [e].

§. 477.

Wer kann Eheverträge schliefsen?

Die Personen, welche Verträge jener Art errichten können, sind die Ehegatten selbst, deren Väter, und sonstige dritte Personen. Die Verträge des Vaters haben auch hier das besondere, dafs wenn er die Rückgabe des Brautschatzes einem andern seiner Kinder bedingt, dieses aus dem Vertrage des Vaters ein Klagrecht erhält [f].

§. 478.

Welche äufsere Form müssen sie haben?

Im Ganzen können Eheverträge ohne alle äufsere Form durch blofse Einwilligung eingegangen werden [g], selbst stillschweigend, welches z. B. bey Wiedererneuerung der Ehe in Rücksicht der vorhin geschlossenen Eheverträge angenommen wird [h]. Nur dem Mann ist es zur Pflicht gemacht, wenn er etwas aus Eheverträgen gewinnen will, die, von ihm der Frau ausgesetzte donatio propter nuptias, wenn sie 500 Solidos übersteigt, gerichtlich anzuzeigen [i]. Auch versteht es sich von selbst, dafs, wenn Eheverträge ein, überhaupt von jedem förmlich zu errichtendes besonderes Geschäft, z. B. eine donatio mortis caussa, oder eine 500 Aureos übersteigende Schenkung unter Lebenden enthalten, dafs alsdann die blofse Einwilligung nicht hinreichen kann [k].

§. 479.

Beschränkung des

Was den Inhalt der Eheverträge, welche, wie alle Verträge, also auch im Zweifel in

[e] L. 65. de iudic. (5. 1.) L. 48. solut. matr. (24. 3.) L. 11. L. 12. C. de nat. lib. (5. 27.) Nov. 74. c. 4. §. 1. Noodt comm. L. 6. T. 1. Jordens de legitimat. Diss. 2. §. 1. 5. 6.

[f] L. 1. §. 1. L. 23. L. 29. §. 1. 2. h. t. (23. 4.) L. 45. sol. matr. (24. 3.) L. 6. C. de iure dot. (5. 12.) L. 7. C. de pact. convent. (5. 14.).

[g] L. un. §. 1. §. ult. C. de rei ux. act. (5. 13.) L. 6. C. de dot. prom. (5. 11.) L. 15. C. de iure dot. (5. 12.). Leyser Sp. 307. m. 3. 4.

[h] L. 30. 31. 40. 64. de iure dot. (23. 3.). Voet L. 23. T. 4. §. 5.

[i] Nov. 127. c. 2. Leyser Sp. 310.

[k] L. 25. C. de donat. int. V. et U. (5. 16.).

Inhalts derselben. Gemäſsheit des particulairen Rechts auszulegen sind [l], betrifft, so dürfen sie 1) den Rechten dritter Personen keinen Eintrag thun, wenn diese nicht selbst, ausdrücklich oder stillschweigend, einwilligen [m]. 2) Sie dürfen dem nicht widerstreiten, was die Gesetze als Wesen der Ehe ansehen, und selbst eine eidliche Bestärkung ist hier ohne Kraft [n]. Ferner sind sie 3) ungültig, wenn sie den guten Sitten, und beide Theile verpflichtenden gesetzlichen Vorschriften, widerstreiten, wohin der Vertrag gehört, daſs der Mann seinen Wohnsitz nicht ändern [o], der Gewalt seiner Frau unterworfen [p], daſs beiden Theilen eine verbotene Schenkung erlaubt seyn [q], oder der Mann die Wohlthat der Competenz nicht haben solle [r]. 4) Daſs der Mann die Brautgabe auf den Fall des Todes der Frau erhalten solle, kann bedungen werden, nicht aber, daſs die Frau bey ihrem Leben irgend an ihren Rechten Gefahr laufe, oder etwas davon verliere. Ungültig ist daher der Vertrag, daſs die Brautgabe der lebenden Frau dem Mann oder dessen Erben zufallen [s], daſs sie später, als es nach den Gesetzen (§. 461.) erlaubt ist, zurückgefodert [t], oder daſs der Mann nur wegen einer Arglist verantwortlich werden solle [u]. Umgekehrt dürfen aber auch 5) die Rechte des Mannes z. B. durch den allgemeinen Vertrag, daſs er während der Ehe die Brautgabe nicht erhalten [x], daſs er sie während der Ehe restituiren, oder sich der Benutzung derselben begeben, und die, ihm nach den Gesetzen zu erstattenden nothwendigen Auslagen nicht vergütet er-

[l] C. H. de Berger disq. utrum et quousque pacta dotalia ex statutis sint interpretanda ac supplenda. Viteb. 1722.

[m] Leyser Sp. 309. m. 4. Ayrer de legit. parent. pact. dotal. exclus. Goett. 1748.

[n] cap. ult. X. de condit. appos. (4. 5.) c. 19. 24. C. 27. q. 2. cap. 1. 3. X. de convers. coniug. (3. 32.) cap. 24. X. de iureiur. (2. 24.).

[o] L. 71. §. 2. de cond. et dem. (35. 1.). Voet L. 5. T. 1. §. 101.

[p] Voet L. 23. T. 4. §. 20. Huber prael. eod. §. 4.

[q] L. 22. L. 28. h. t. (23. 4.).

[r] L. 14. §. 1. sol. matr. (24. 3.).

[s] L. 12. pr. L. 26. §. 2. h. t. (23. 4.) L. 5. 6. C. de pact. conv. (5. 14.).

[t] L. 14. 15. 16. 17. D. eod.

[u] L. 6. eod.

[x] L. 11. 12. §. 1. eod. L. 33. de pact. (2. 14.).

halten solle [y], nicht fruchtlos gemacht werden. Auch ist 6) jeder Vertrag nichtig, welcher in Betreff der Gröfse, und des Erwerbes der dos und donatio propter nuptias eine Ungleichheit festsetzt, indem vielmehr das, was in Betreff der einen bestimmt ist, sofort auf die andre gezogen wird [z]; doch hält man sich jetzt nicht mehr an diese Vorschrift gebunden [a].

§. 480.

Pacta mixta und simplicia.

Das Römische Recht, welches überhaupt keine Erbverträge kennt, verbietet auch dergleichen in Eheverträgen [b], erlaubt aber den Ehegatten, wie jedem Andern, sogenannte donationes mortis caussa [c]. Da das Deutsche Recht überhaupt Erbverträge gelten läfst, so mufs nun auch in Betreff der Ehegatten der erste Satz, als Folge des aufgehobenen Princips, bey uns wegfallen, und die Eheverträge können demnach nicht blofs eine Römische donatio mortis caussa, sondern auch einen Deutschen Erbvertrag enthalten. In jenem Fall nennt man sie pacta dotalia mixta, in diesem simplicia [d]. Beide sind sehr verschieden. Bey den letzten ist der blofse Consens hinreichend, die ersten hingegen erfodern die Förmlichkeiten der Römischen donatio mortis caussa [e]. Die simplicia begründen ein Erbrecht, die mixta nur eine successio singularis. Bey den letzten mufs sich also der Beschenkte als Legatar behandeln lassen, während er dort alle Vortheile eines Erben geniefst [f], aber auch

[y] L. 4. L. 5. §. 2. L. 11. h. t. (23. 4.) L. 21. §. 1. de donat. int. V. et U. (24. 1.).

[z] L. 9. 10. C. h. t. (5. 14.) Nov. 97. c. 1.

[a] Leyser Sp. 305. m. 5.

[b] L. 15. C. de pact. (2. 3.) L. 5. C. de pact. convent. (5. 14.) L. 3. C. de collat. (6. 20.).

[c] L. 9. §. 2. L. 10. L. 11. pr. de don. int. V. et U. (24. 1.).

[d] A. L. Hombergk zu Vach de origine atque indole distinct. pact. dotal. in simplicia et mixta. Marb. 1749. Wernher lect. c. L. 23. T. 4. §. 1. 2. Viele verwerfen ohne Grund die mixta mit P. I. Grau spec. sist. mixturam incongr. iur. Rom. et Germ. in practicor. distinct. pact. dotal. in simplic. et mixta. Marb. 1744. G. I. de Buinink error. pragm. circa dist. pact. dotal. in simpl. et mixta. Colon. 1770. Struben 2. B. 63. Bed. Hommel rhapsod. Obs. 303. Müller ad Leyser Obs. 548.

[e] Leyser Sp. 310. Struben 2. B. 63. Bed. 4. B. 166. Bed.

[f] I. H. Boehmer de success. hered. coniug. ex pact. dotal. cap. 2. §. 10.

dafür im Zweifel den Vortheilen entsagen muſs, welche ihm das gemeine Recht und Statute auf den Fall der Intestat-Erbfolge angewiesen haben [g]. Die mixta endlich sind immer widerruflich [h], die simplicia hingegen, vermöge der allgemeinen Natur eines Vertrages, nicht [i]; jedoch nur in der Regel, wenn nicht ein anderes verabredet ist [k]. Für die simplicia streitet solange die Vermuthung, bis klar die entgegenstehende Absicht erwiesen ist [l].

§. 481.

Wann erlöschen sie?

Die Eheverträge verlieren ihre Gültigkeit, 1) wenn die Ehe nicht erfolgt [m], oder durch Scheidung getrennt wird, nur ist es hier wieder streitig, welchen Schaden der Schuldige leidet [n]? 2) Durch einseitigen Widerruf, nämlich die mixta unbedingt, die simplicia, sofern ein Theil ihn sich vorbehalten hat [o]. 3) Wenn Kinder geboren werden, welche in denselben nicht bedacht sind; jedoch können sie dadurch nur bis auf den Pflichttheil der Kinder ungültig werden [p]. Die, welche eine Zurückrufung der Schenkung überhaupt wegen Nachgeburt eines Kindes erlaubt halten, müssen sie dann auch hier gleichfalls gestatten.

[g] C. F. Walch de renunciat. port. statutar. tacita. Ien. 1760. Pufendorf T. 4. Obs. 53. Müller ad Leyser Obs. 549.

[h] L. 2. L. 32. L. 35. §. 4. de mort. c. don. (39. 6.). Carpzov P. 2. C. 43. Def. 10.

[i] Wernher P. 1. Obs. 103.

[k] Dieſs widerstreitet der Natur eines reinen Vertrages nicht. Tit. P. de in diem addict. (18. 2.).

[l] Hellfeld iur. for. §. 1248. Hofacker princ. T. 1. §. 533.

[m] Wernher P. 7. Obs. 173.

[n] Vergl. oben §. 471. mit Stryk de cautel. contr. Sect. 3. c. 8. §. 45.

[o] L. A. Lauthen de pactor. nuptial. revocat. licita et illicita. Helmst. 1768. F. G. Zoller utrum pact. dotal. invit. altera parte revocar. poss. Lips. 1770.

[p] arg. L. 2. 3. 4. 5. 7. C. de inoffic. donat. (3. 29.) Hommel rhaps. Obs. 203. 500. I. F. Eisenhard de pact. dotal. ob supervenient. liberor. non toll. Helmst. 1764.

Zweytes Capitel.

Ueber die Legitimation.

§. 482.

Begriff. Ursprung. Um dem Concubinat entgegen zu arbeiten, erfand Constantin das, jetzt sogenannte Institut der Legitimation durch die Ehe, vermöge dessen Concubinen-Kinder der Gewalt ihres natürlichen Vaters unterworfen wurden, wenn er eine förmliche Ehe mit ihrer Mutter schlofs. Nach mancherley Abwechselungen ward diefs, anfangs nur auf eine gewisse Zeit eingeführte Institut eine immerwährende Erwerbungs-Art der väterlichen Gewalt [q], blieb jedoch, wegen seines Zwecks, nicht aber weil die Kaiser hier innerhalb der Grenzen der Fictions-Möglichkeit stehen bleiben wollten [r], auf Concubinen-Kinder beschränkt. Weiter ging Theodos, indem er dem pater naturalis die väterliche Gewalt ertheilte, wenn er seinen natürlichen Sohn zur Annahme des Decurionats bewege, oder seine natürliche Tochter an einen Decurio verheirathe, (legitimatio per curiae dationem) [s], und Justinian führte endlich die Legitimation durch ein Rescript des Regenten ein [t], verbot aber zugleich die, nur bürgerliche Verwandtschaft, und minder feste Verhältnisse begründende Arrogation der Concubinen-Kinder [u]. Nach Aufhören des Concubinats im neueren Europa mufste man entweder die Legitimation ganz fallen lassen, oder sie auf andre Arten unehelicher Kinder ziehen. Das letzte geschah [x]. Da nun aber die

[q] Vergl. L. 5. 6. 7. C. de natural. lib. (5. 27.) Nov. 78. c. 4. und überhaupt: Jordens Diss. duae de legitimatione (in Fellenberg iurispr. ant. T. 2.). Hotomannus de spuriis et legitimis (op. T. 1.). C. Thomasius de usu pract. doctrinae de legitimatione. E. A. L. Eisenhart de legitim. liber. illeg. praesert. sec. ius Germ. Helmst. 1786.

[r] Jordens l. c. Diss. 2. c. 2. I. I. Prehn ob die Legitimation sich in einer Römischen Erdichtung gründe? Rostock 1777. Meine Versuche. 1. B. n. 10.

[s] L. 3. 4. C. de nat. lib. (5. 27.).

[t] Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 9. C. H. Hiller D. qua legitim. per rescr. princ. Justiniano tanquam auctori et invent. vindicatur. Tub. 1723.

[u] Nov. 89. cap. 11. §. 2.

[x] Cap. 6. X. qui fil. sint legit. (4. 17.).

Arrogation der, aus einem verbotenen Beyschlaf erzeugten Kinder nirgend untersagt ist, und diese jetzt also sowohl durch Legitimation als Arrogation der väterlichen Gewalt unterworfen werden können: so bleibt es charakteristisches Merkmal der Legitimation, dafs sie unehelichen Kindern die vollen Rechte ehelich geborner Kinder ertheilt.

§. 483.

Arten. Form. Nachdem die Legitimatio per Curiae dationem, durch Aufhören ihres Objects Antiquität geworden ist, gibt es nur noch zwey Arten, nämlich Legitimation durch Ehe und ein Rescript [y]. Die erste findet statt, auch wenn der Vater eheliche Kinder hat [z]; und da die Ehe sich bey uns durch ihre Solennien genugsam charakterisirt, so hält man sich an die Römische Vorschrift, dafs bey einer solchen Ehe pacta dotalia errichtet werden sollen [a], nicht mehr gebunden [b]. Es mufs jedoch eine wahre Ehe geschlossen seyn [c]. Die Legitimation durch ein Rescript soll nach Justinians Vorschrift nur stattfinden, wenn der Vater die Concubine nicht heirathen kann, und keine ehelichen Kinder hat [d]; allein beides wird jetzt nicht mehr befolgt [e]. In Deutschland kann sie nachgesucht werden entweder bey dem Kaiser, oder einem comes palatinus, als Stellvertreter desselben [f], oder bey dem Territorial-Regenten, dessen Concession man jedoch (freilich ohne Grund) aufserhalb des Landes keine Kraft beyzulegen pflegt [g].

[y] Manche nehmen noch vermöge Nov. 117. c. 2. eine legitimatio per nominationem filii an. Allein es ist hier blofs von Präsumtionen die Rede. Jordens l. c. cap. 5. §. 1. fgg. Ueber die sogenannte legitimatio per testamentum s. §. 484.

[z] Nov. 89. c. 11.

[a] L. 6. 10. 11. C. de nat. lib. (5. 27.) Nov. 12. cap. 4. Nov. 17. cap. ult. Nov. 89. c. 8. Jordens l. c. cap. 3.

[b] Stryk U. M. L. 1. T. 6. §. 10.

[c] Irrige Begriffe über die sponsalia de praesenti haben Mevius P. 2. Dec. 81. veranlafst, der Verlobung die Kraft der Legitimation beyzulegen. Püttmann miscel. Sp. 1. c. 4.

[d] Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 9.

[e] Stryk l. c. §. 16. 17.

[f] M. H. Griebner de iure legitimand. com. palatin. in territ. princ. imper. ed. 2. Viteb. 1720. (op. T. 1. S. 2.). Adliche zu legitimiren hält man für ein Reservat des Kaisers. Struv synt. L. 1. T. 6. §. 54.

[g] Idem de iure legitimandi princ. imper. (op. T. 1. S. 1.). Stryk de iure princ. extra territor. cap. 3. n. 135. fgg.

§. 484.

Fortsetzung. Zu jeder Legitimation gehört nicht allein die Einwilligung der natürlichen Aeltern [h], sondern auch der Kinder, und zwar die Zustimmung der letzten selbst bey der Legitimation durch die Ehe [i]. Die übrigen Verwandten brauchen nur insofern einzuwilligen, als der Legitimirte in das Verhältnifs eines Notherben zu ihnen kommen soll [k]. Bey der Legitimation durch ein Rescript mufs in der Regel der Vater selbst das Rescript nachsuchen; ist er indefs darüber weggestorben, und hat im Testament erklärt, dafs er die natürlichen Kinder zu seinen ehelichen Kindern haben wolle, so können diese selbst ein Rescript des Regenten auswirken [l]. Diese Unterart der Legitimation durch ein Rescript wird denn von vielen als dritte Hauptart Legitimatio per testamentum a principe confirmatum genannt [m].

§. 485.

Wer wird legitimirt? Durch die Legitimation können jetzt alle Arten unehelicher Descendenten, also nicht blofs spurii, sondern auch incestuosi und adulterini legitimirt werden, selbst durch nachfolgende Ehe, wo diese wirklich erfolgen kann, und erfolgt [n]; jedoch kann der legitime Sohn eines illegitimen Sohnes nur durch Legitimation des letzten unter die Gewalt seines Grofsvaters kommen [o].

§. 486.

Wirkungen. Die Legitimation, mit Ausnahme der, per curiae dationem [p], hat die Wirkung, dafs

[h] L. 11. de his qui sui vel al. iur. (1. 6.) L. ult. C. de natural. lib. (5. 27.).

[i] Nov. 89. cap. 11. pr. Auch steht dem nicht entgegen Nov. 74. praef. §. 2. cap. 6. X. qui filii sint legit. (4. 17.) Jordens l. c. cap. 1. A. M. ist Thomasius ad Strauch Diss. 4. Th. 13.

[k] arg. L. 6. 7. de adopt. (1. 7.) Ludolf Obs. 263. G. P. Kohl de success. ab intest. per rescr. legitimat. Goett. 1800. §. 2.

[l] Nov. 74. cap. 2.

[m] Glücks Comm. §. 143.

[n] arg. cap. 1. 6. X. qui filii sint legit. (4. 17.). I. H. Boehmer de legitimat. ex coitu damnat. nator. §. 18 — 25.

[o] § 13. I. de nupt. (1. 10.) L. 5. 10. C. de nat. lib. (5 27.) Jordens l. c. cap. 4. A. M. ist Schulting enarrat. P. L. 1. T. 6. §. 10.

[p] L. 9. C. de natural. lib. (5. 27.) Nov. 89. c. 2.

die legitimirten Kinder rückwärts betrachtet werden, als ob sie bey ihrer Geburt legitim gewesen seyen [q]. Sie haben daher auch ein volles Erbrecht in dem Vermögen aller derer, welchen sie als wirklich ehelich geborne Kinder würden succedirt haben [r], und diefs selbst dann, wenn zur Zeit der Legitimation eheliche Kinder vorhanden waren, die Legitimation mochte nun durch Ehe geschehen, oder durch ein, die ehelichen Kinder erwähnendes Rescript [s]. Nur die Rechte kann man ihnen absprechen, welche Verträge oder Gesetze namentlich den, wirklich in der Ehe gebornen, nicht aber den, erst nachher legitim gewordenen Kindern einräumen, wohin das Recht in Lehen zu succediren, gehört [t], nicht aber schlechthin das Recht der Erstgeburt, oder das Recht, in Fideicommisse zu succediren [u], und beym Reichs-Cammergericht als Assessor angestellt zu werden [x].

§. 487.

Legitimatio minus plena.

In Deutschland hat man von jeher eine, von Gilden und Zünften ausschliefsende Makel in der unehelichen Geburt zu finden geglaubt. Diese wird denn durch die Legitimation zugleich gehoben [y]. Auch hat man blofs zu dem Zweck,

[q] L. 10. C. de nat. liber. (5. 27.) Nov. 12. c. 4.

[r] Irrig schliefst Boehmer I. D. L. 1. T. 6. §. 17. die legitimatos per rescriptum von der Erbschaft der Verwandten des Vaters aus. Seine Allegate, nämlich Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 9. sind grade dawider.

[s] G. H. Ayrer de rescripto legitimat. princ. plenissimum effectum tribuente legitimi licet liberi extent. Goett. 1743. Kohl l. c. §. 3. fgg. vergl. mit Lauterbach coll. L. 1. T. 6. §. 31. A. M. ist G. S. Madihn de legitime natorum port. legitima in success. cum legitimis. Hal. 1755. und noch strenger Pufendorf T. 1. Obs. 41.

[t] II. Feud. 26. §. naturales. I. G. Bauer de success. legitimat. per nupt. exsule in feudis. Lips. 1734. (op. T. 2. n. 52.) E. F. Schorcht die Unfähigkeit der Mantelkinder zur Lehnfolge. Jen. 1780. Pufendorf T. 1. Obs. 90. A. M. ist I. F. Schneider de success. legitim. in feud. Hal. 1707. I. L. I. Greineisen de success. in feud. filiis per subs. matr. legitimand. haud deneganda. Ien. 1774. (B. F. R. Lauhn) die Erbfolge der Mantelkinder sammt Schild und Helm. 1777.

[u] Cocceii I. C. L. 1. T. 6. qu. 14. A. M. ist mit vielen Hellfeld iur. for. §. 146.

[x] Die K. G. O. P. 1. T. 3. §. 2. steht dem nicht entgegen. G. M. a Rodach Tr. de comit. palatin. cap. 3. A. M. ist Mynsinger P. 6. Obs. 31.

[y] S. oben §. 246. Lauter-

um diese Makel zu vertilgen, die sogenannte legitimatio minus plena, welche sonst keine Kindesrechte ertheilt, und daher der Einwilligung des Vaters nicht bedarf [z], erfunden, welcher denn die Römische Legitimation unter dem Namen Legitimatio plena entgegengesetzt zu werden pflegt.

Drittes Capitel.

Ueber die Adoption.

§. 488.

Arten der Adoption. Vor Einführung der Legitimation konnte man bey den Römern alle Arten der Kinder durch Adoption im weitesten Sinn, d. h. durch Annahme an Kindes Statt [a], unter seine Gewalt und in bürgerliche Verwandtschafts-Verhältnisse bringen, sie mochten sui iuris seyn (arrogatio), oder alieni iuris (adoptio s. str.) [b]. Später erlaubte man auch den Weibern, ohne Unterschied, ob sie Männer hatten, oder nicht, wenn sie natürliche Kinder verloren, eine Adoption, welche jedoch keine väterliche Gewalt, sondern nur andre, bey einem Weibe mögliche Kindesverhältnisse begründen konnte [c]. Endlich verordnete Justinian in Betreff der eigentlichen Adoption der Männer, daſs nur dann dadurch die väterliche Gewalt begründet werden solle, wenn ein Ascendent seinen Descendenten adoptire, hingegen durch die Adoption eines Dritten nur ein Erbrecht des Kindes als Intestaterbe [d]. Im letzten Fall nennt man denn die Adoption der Männer minus plena, in jenem plena. Es läſst sich jetzt also die Adoption im allgemeinen Sinn nur durch die unbestimmte Beschreibung bezeichnen,

bach coll. L. 1. T. 6. §. 25. Thomasius l. c. cap. 1. §. 3.

[z] Wernher T. 1. P. 3. Obs. 49.

[a] Conynenberg de adopt. Franeq. 1736. A. Faber de iurispr. Papin. T. 10. C. Thomasius de usu pract. Tit. I. de adopt. Hal. 1714. I. C. Schrader de adopt. iure civil. et morib. germ. usitatis. Ien. 1703.

[b] §. 1. I. h. t. (1. 11.) L. 1. §. 1. h. t. (1. 7.) Jordens de legitimat. Diss. 1. c. 6. §. 1.

[c] §. 10. I. eod. L. 5. C. h. t. (8. 48.). Struben 2. B. 62. Bed. Ohne gesetzlichen Grund gibt nur den Wittwen das Recht zu adoptiren Schrader l. c. p. 45.

[d] L. 10. C. eod.

dafs sie die Handlung ist, durch welche Jemand in bürgerliche Kindesverhältnisse gesetzt wird, in denen er vorhin nicht war. Unter dem Ausdruck Kindesverhältnisse sind hier auch Verhältnisse eines Grofssohns, Aeltersohns u. s. w. zu verstehen [e]. Eine sogenannte Adoption an Bruders und Vaters Statt enthält nur im Ausdruck etwas sonderbares. Denn in der Sache selbst läfst es sich sehr gut denken, dafs Jemand durch ein Rescript des Regenten, oder Erbverträge in Verhältnisse eines Bruders oder Vaters gebracht werden kann [f].

§. 489.

Wer kann adoptiren, und wen?

Die Adoption im Allgemeinen ist jedem erlaubt, welchem sie die Gesetze nicht untersagen, also auch dem, welcher nicht heirathen, aber doch in älterlichen Verhältnissen stehen kann, wie z. B. einem katholischen Weltpriester [g]. Dafs die Römer hier auf Fictionen etwas gebäuet haben, läfst sich gleichfalls nicht erweisen [h]. Aus politischen Gründen, und zum Besten des Kindes ist jedoch 1) den Castraten (§. 232.) unbedingt die Ehe untersagt, während sie den übrigen Impotenten unbedingt erlaubt ist [i]. Eben so wenig darf 2) ein Unmündiger adoptiren [k], oder 3) der, welcher schon Kinder unter seiner Gewalt hat, sofern nicht wichtige Gründe eine Ausnahme gestatten sollten [l]. Dasselbe gilt 4) von Tutoren und Curatoren [m]; ferner mufs 5) der Adoptirende 18 Jahre älter seyn, als der, welchen er an Kindes- oder Enkels- Statt annimt [n]. Endlich wird 6) die Arroga-

[e] L. 10. 11. h. t. (1. 7.).

[f] Leyser Sp. 20. m. 5. Crell de adopt. in locum fratris non monstrosa. §. 9.

[g] L. 9. 16. 30. h. t. (1. 7.). Zoesius comm. L. 1. T. 7. n. 7.

[h] Vergl. Cannegieter Obs. iur. Rom. L. 2. c. 20. mit Hugo Civ. Mag. 2. B. S. 225—227.

[i] §. 9. I. eod. L. 40. §. 2. D. eod. Die ersonnenen Distinctionen des Höpfner Comm. 6. Aufl. §. 146. not. 1. zerfallen durch ihr Princip. Wer den Charakter der Castraten kennt, wird hier die Gesetze leicht begreifen.

[k] §. 4. I. eod.

[l] L. 15. §. 1. L. 17. §. 3. L. 23. h. t. (1. 7.) §. 2. I. de legit. agn. success. (3. 2.) Reinold varia c. 42. Sehr ausgedehnt nimt diese wichtigen Gründe Stryk ann. ad Lauterbach comp. p. 35.

[m] L. 17. pr. L. 32. §. 1. eod.

[n] L. 40. §. 1. eod §. 4. I. h. t. (1. 11.) Die Behauptung.

tion in der Regel Niemand gestattet, welcher nicht über 60 Jahre alt ist. Die adoptio plena ist auf allen Fall früher erlaubt [o]. Umgekehrt können alle Arten der Kinder, selbst eigne, adoptirt werden [p], nur nicht emancipirte Adoptiv-Kinder [q], auch nicht, ohne wichtige Gründe, mehrere zugleich [r].

§. 490.

Wie geschieht die Adoption?

Zur Vollendung der Annahme an Kindes Statt gehört: 1) dafs der Adoptiv-Vater, das Kind, und dessen Vorgesetzte einwilligen [s]; doch ist bey der Adoption der Männer hinreichend, wenn das Kind nur nicht widerspricht [t]. Die bürgerlichen Verwandten des Adoptirenden brauchen nur insofern gefragt zu werden, als ihnen durch die Annahme ein solcher Erbe, dem sie einen Pflichttheil schuldig sind, gegeben werden soll [u]. 2) Die Annahme mufs auf immer geschehen [x], und zwar nicht durch einen Bevollmächtigten [y]; doch wird die letzte, wahrscheinlich in der Feierlichkeit des Acts (§. 132.) gegründete Bestimmung von manchen jetzt als unanwendbar betrachtet [z]. 3) Nach vorgängiger Untersuchung mufs die Adoption der Männer, selbst die minus plena [a], vor dem competenten Richter [b], die Arrogation, und die Adoption der Weiber durch ein Rescript des Regenten oder eines Stellvertreters desselben vollendet werden [c]. Bey der Arrogation Unmündiger ist das Besondere, dafs sie erst dann vom Regenten bestätigt wird, wenn nach vorgängiger obrigkeitlicher Untersuchung, unter Zuziehung der Vormünder und Verwandten, die

dafs man für jede folgende Generation noch wieder 18 Jahre zulegen müsse, ist ohne Grund.

[o] L. 15. §. 2. eod. vergl. mit L. 10. C. h. t. (8. 48.) Hugo Civ. Mag. 2. B. S. 223.

[p] L. 12. eod.

[q] L. 37. §. 1. eod.

[r] L. 15. § 3. eod.

[s] L. 2. pr. L. 8. h. t. (1. 7.).

[t] L. 5. eod. L. ult. C. h. t. (8. 48.).

[u] §. 7. I. h. t. (1. 11.) L. 6. 7. 23. h. t. (1. 7.) Faber rational. ad L. 7. h. t.

[x] L. 34. eod.

[y] L. 25. §. 1. eod.

[z] Wernher lect. comm. L. 1. T. 7. §. 3.

[a] Denn darin ändert L. 10. C. h. t. (8. 48.) nichts. Stryk U. M. L. 1. T. 6. §. 5. Leyser Sp. 20. m. 4.

[b] L. 4. eod. L. ult. C. eod.

[c] §. 10. I. L. 2. pr. D. L. 5. C. eod.

Arrogation zuträglich gefunden ist, und der Vater Caution gestellt hat, dafs er, falls das Kind als Unmündiger sterbe, das Vermögen desselben dessen Erben herausgeben, auch demselben, wenn er es ohne Grund emancipire oder enterbe, $\frac{1}{4}$ seines Vermögens (Quarta Divi Pii) geben wolle [*d*]. Manche nehmen noch eine adoptio per testamentum an, welche aber nichts weiter ist, als Einsetzung eines Erben mit der Auflage, dafs er den Namen des Erblassers führen solle [*e*].

§. 491.

Wirkungen derselben.

Die Wirkungen der Adoption sind nach Verschiedenheit der Arten derselben sehr mannigfaltig. 1) Die Arrogation und adoptio plena bewirkt, dafs das angenommene Kind, so lange es nicht emancipirt ist, der väterlichen Gewalt des Vaters unterworfen, damit des Standes desselben theilhaftig, und ein Agnat und Intestat-Erbe der Agnaten desselben wird; auch aus allen Agnations-Verhältnissen mit seinen bisherigen Agnaten trit [*f*]. Natürliche emancipirte Kinder erhalten dadurch im Verhältnifs zum Adoptirenden ganz ihre vorigen Rechte wieder [*g*]. Dabey erwirbt der arrogirende, oder adoptirende Vater den gesammten Niefsbrauch des eignen Vermögens des Kindes; doch mufs er die darauf haftenden Schulden bezahlen, oder den Gläubigern dasselbe abtreten [*h*]. So lange die Kinder unter der Gewalt des Adoptiv-Vaters bleiben, sind sie also auch dessen Notherben; sobald sie aber daraus entlassen sind, hören im Ganzen, wenn sie nicht aufserdem Cognaten sind, alle Successions-Rechte, und sonstigen kindlichen Verhältnisse auf [*i*]. Nur der, ohne Grund emancipirte oder enterbte unmündige Arrogirte kann nach dem Tode des Vaters durch eine sogenannte

[*d*] §. 3. I. L. 17. 18. 19. 20. 22. D. L. 2. C. eod. I. A. Frommann D. de impub. arrogatione, et quarta Antoniniana. Tub. 1663. S. auch den folgenden §phen.

[*e*] Heineccii Ant. L. 1. T. 11. §. 18. Huber prael. ad P. L. 1. T. 6. §. 1. C. G. Richter de condit. nom. ferend. ult. volunt. adscripta. Lips. 1780.

[*f*] §. 7. I. h. t. (1. 11.) L. 6. 7. 23. h. t. (1. 7.) Faber rational. ad L. 7. h. t.

[*g*] L. 41. eod. L. 23. pr. de lib. et posthum. (28. 2.).

[*h*] Tit. I. de acquisit. per arrogat. (3. 11.).

[*i*] L. 13. h. t. (1. 7.) vergl. mit §. 403.

condictio ex constitutione D. Pii [k], nicht bloſs den gewöhnlichen Pflichttheil, sondern ¼ des gesammten Vermögens des arrogirenden Vaters fodern [l]. Mit der Arrogation fallen die Kinder des Arrogirten, welche dessen Gewalt unterworfen sind, zugleich unter die Gewalt des arrogirenden Vaters, die Haussöhne des Adoptirten bleiben aber unter der Gewalt ihres natürlichen Ascendenten [m]. Rechte, welche von wirklicher natürlicher Verwandtschaft abhängen, wie der Deutsche Adel, und Succession in Lehen, und Fideicommissen, werden aber dadurch nicht begründet [n]. 2) Die adoptio minus plena gibt dem Kinde kein Recht auf einen Pflichttheil, sondern nur das Recht der Intestat-Erbfolge als sui heres. Der neue Vater hat gegen das Kind keine Rechte, indem diese dem natürlichen Vater verbleiben [o], er ist aber auch demselben zu nichts verbunden [p]. Nach der Emancipation des Adoptiv-Kindes hören aber alle Rechte desselben auf [q]. 3) Die Adoption der Weiber bewirkt, daſs das Kind, versteht sich bis es entlassen ist, die Mutter nicht bloſs ab intestato beerbt, sondern auch von derselben einen Pflichttheil verlangen kann [r].

§. 492.

Heutiger Gebrauch. In Deutschland ist hierin im Ganzen nichts geändert, und noch oft finden Adoptionen

[k] L. 1. §. 21. de collat. (37. 6.) L. ult. si quid in fraudem patroni (38. 5.) Boehmer de act. S. 2. c. 3. §. 33.

[l] §. 3. I. h. t. (1. 11.) L. 2. C. eod. (8. 48.) L. 8. §. 15. de inoffic. test. (5. 2.). Voet h. t. §. 4. I. G. Madihn de quarta D. Pii eiusque usu hodierno. Frkf. 1775. Franzke exerc. L. 2. qu. 9. A. M. ist Vinnius C. ad §. 3. I. h. t. mit vielen.

[m] L. 2. §. 2. L. 15. pr. h. t. (1. 7.).

[n] Stryk U. M. h. t. §. 8. Cannegieter Obs. L. 2. n. 18. Schnaubert Lehnr. §. 123.

[o] L. 10. §. 1. 2. C. h. t. (8. 48.). A. M. sind Conynenberg l. c. Sect. 3. cap. 4. §. 1. Best coniect. ex iure civil. cap. 4. (in Oelrichs Thes. nov. V. 1. T. 1. p. 221.). Allein s. Püttmann miscell. Spec. 3. Lehr v. d. Erbfolge der Adoptiv-Kinder §. 4. (in Hagemanns und Günthers Archiv 5. Th. n. 9.).

[p] Ohne Grund verpflichtet ihn zur Ernährung Wernher lect. comm. h. t. §. 4.

[q] L. 10. §. 3. C. h. t. (8. 48.).

[r] L. 5. C. eod. L. 29. §. 5. de inoffic. test. (5. 2.). Meine Versuche 1. B. S. 339—341.

statt [s]. Gewöhnlich nimt der Adoptirte, vor, oder nach seinem eignen Namen, den Namen des Adoptiv-Vaters an [t]. Nur darin weicht das heutige vom Römischen Recht ab, daſs Jemand durch simple Erbverträge, ohne Bewilligung des Regenten oder der Obrigkeit, die Erbrechte eines Kindes erhalten kann [u].

§. 493.

Ueber Pflegkinder.

Uebrigens muſs man von den Adoptiv-Kindern die Pflegkinder (alumnos), welche Jemand zu sich nimt, um sie zu ernähren und zu erziehen, wohl unterscheiden [x]. Eine solche Annahme bewirkt weder die väterliche Gewalt, noch deren Folgen [y], noch auch Erbschafts-Rechte [z], und der Pflegvater (Nutritor) kann das Kind, wenn er es bloſs factisch zu sich genommen, sich aber zu nichts vertragsmäſsig verpflichtet hat, nach Willkühr wieder verstoſsen [a]. Hat er die Auslagen als ein schenkender negotiorum gestor gemacht, so kann er sie, den Fall der Undankbarkeit ausgenommen, nicht zurückfodern, sonst aber allerdings [b]. Nur eine gewisse Ehrfurcht ist das Kind dem Ernährer, den es übrigens klagend belangen kann, schuldig [c].

Dritte Abtheilung.

Ueber die Beendigung der väterlichen Gewalt.

§. 494.

Arten derselben.

Die väterliche Gewalt wird geendigt 1) durch den natürlichen oder bürgerlichen

[s] Leyser Sp. 20. m. 2. Pufendorf T. 3. Obs. 46. Struben 2. B. 62. Bed.

[t] Hugo Civ. Mag. 2. B. S. 227. fgg.

[u] Struben a. a. O. Müller ad Leyser Obs. 97.

[x] L. 3. §. 4. de lib. hom. exhib. (43. 29.). F. G. Struv de iure alumnor Jen. 1716.

[y] L. 32. de excus. tutor. (27. 1.) cap. un. de infant. expos. (5. 11.).

[z] L. 132. de V. O. (45. 1.) L. 10. C. commun. de success. (6. 58.).

[a] L. 132. de V. O. (45. 1.) A. M. ist Struv l. c. Th. 48. wegen L. 3. C. de infant. expos. (8. 52.). Allein wer macht das Kind zum Sklaven, wenn er es verstöſst?

[b] L. 27. §. 1. de negot. gest. (3. 5.) L. 15. C. eod. (2. 19.). Mevius P. 4. Dec. 317. 319. Struv l. c. Th. 50. 51.

[c] L. 1. §. ult. de obsequ. parent. (37. 15.) L. 17. C. de his qui accus. non poss. (9. 1.).

Tod des Vaters oder Sohnes [d]; doch sollte man in Deutschland, wo man auch Fremden bürgerliche Rechte gestattet, den bloſsen Verlust des Bürgerrechts nicht mehr dahin zählen. 2) Durch adoptio plena des Sohnes [e]. 3) Wenn der Vater arrogirt wird, weil dann seine Haussöhne mit unter die Gewalt des Arrogirenden fallen [f]. 4) Durch gewisse Würden, nämlich die eines Bischofs, praefectus praetorio, patronus fisci, durch den Patriciat u. a. m., welche vom Decurionat befreyen [g]. In Deutschland kann, da hier von Privilegien die Rede ist, diese ganze Vorschrift nur insofern gebraucht werden, als noch jetzt völlig gleiche Würden existiren; doch hat man sie oft eben so willkührlich ausgedehnt, als man sie oft willkührlich für ganz aufgehoben erklärt hat [h]. Ferner erlischt sie 5) zur Strafe, wenn der Vater die Kinder aussetzt [i], die Tochter preisgibt [k], oder eine blutschänderische Verbindung eingeht [l].

§. 495.

Ueber Emancipation insbesondere.

Die gewöhnlichste Art, unter Lebenden die Gewalt aufzuheben, war 6) bey den Römern die Emancipation [m]. Nach Aufhebung der alten Emancipations-Art durch den Verkauf muſs sie jetzt unter Gegenwärtigen mittelst einer Erklärung vor dem Magistrat [n], unter Abwesenden durch Auswirkung eines Rescripts geschehen [o].

[d] pr. §. 1. 2. 3. I. quib. mod. ius patr. potest. solv. (1. 12.). Zum bürgerlichen Tode gehört auch die Reichsacht. Lauterbach coll. L. 1. T. 7. §. 20. Ueberhaupt: C. Thomasius de usu pract. Tit. I. quib. mod. ius patr. pot. solv. Hal. 1716. Senkenberg iura egress. e patr. potest. Rom. et Germ. Giess. 1743.

[e] §. 8. I. l. c.

[f] L. 40. pr. de adopt. (1. 7.).

[g] Nov. 81. c. 1. 3. §. 4. I. l. c. L. ult. C. de Decurion. (10. 31.) Reinold var. c. 19.

[h] Ueber die versch. Meynungen s. Glück Comm. 2. B. §. 156.

[i] L. 2. C. de infant. expos. (8. 52.) Nov. 153. c. 1.

[k] L. 12. C. de episc. audient. (1. 4.).

[l] Nov. 12. c. 2.

[m] Scheltinga Diss. duae de emancipat. (Fellenberg iurispr. ant. T. 2.) Heimburg difficillima emancip. Rom. et Germ. capita. Ien. 1742.

[n] L. ult. C. de emancip. (8. 49.).

[o] L. 5. C. eod. L. 18. C. de collat. (6. 20.) L. 11. C. de le-

Jenes nennt man die Justinianeische, dieses die Anastasische Emancipation. Die erste kann auch stillschweigend geschehen, z. B. wenn der Vater mit Zustimmung des Sohnes demselben einen Tutor erbittet [p]; beide setzen aber in der Regel wirkliche Einwilligung des Vaters und Sohnes voraus. Wider Willen kann der Vater nur die Adoptiv-Kinder entlassen [q], die natürlichen aber schlechterdings nicht [r], wenn er sie auch kraft der väterlichen Gewalt aus seinem Hause stoſsen, und ihnen zur Strafe die Alimente entziehen kann [s], wodurch aber die rechtlichen Folgen der väterlichen Gewalt in keinem Punct aufgehoben werden [t]. Umgekehrt wird der Vater in der Regel zur Emancipation nicht gezwungen, ausgenommen, wenn er die Kinder miſshandelt [u], unter der Bedingung, daſs er sie entlassen solle, etwas empfangen [x], oder einen Unmündigen arrogirt hat, welcher nach erlangter Mündigkeit auf Emancipation dringt [y]. In Deutschland hat man noch, gegen das gemeine Recht [z], eine particulaire Emancipation für einzelne Geschäfte an manchen Orten in Gebrauch gebracht. Entscheidet die Gewohnheit dafür, so liegt denn in der Natur derselben offenbar, daſs das Kind auf immer in Betreff des Geschäfts, für welches es emancipirt ward, als selbstständig zu betrachten ist [a]. Die Lehre von der Aufhebung der väterlichen Gewalt durch eine separirte Oeconomie ist hier nur zu erwähnen, aber im Deutschen Recht auszuführen.

git. hered. (6. 58.) Schelting a l. c. P. 1. c. 4.

[p] arg. pr. I. de tutel. (1. 13.) L. 239. pr. de V. S. (50. 16.) Carpzov L. 2. Resp. 118. n. 18. Wernher Vol. 2. Obs. 248.

[q] §. 3. I. de adopt. (1. 11.) L. 132. de V. O. (45. 1.) L. 10. pr. C. de adopt. (8. 48.).

[r] L. 6. C. de patr. potest. (8. 47.) Nov. 89. c. 11. pr. Ueberh. L. v. de Poll de exhered. c. 1. 8. C. H. Brenning de abdicatione ad L. 6. C. de patr. potest. Lips. 1753. Hagemanns u. Günthers Archiv 1. B. n. 14.

[s] L. 5. §. 11. de agnosc. vel alend. lib. (25. 3.).

[t] Meine Vers. 2. B. S. 264. 265.

[u] L. ult. D. si a parent. quis manum. (37. 12.).

[x] L. 92. de cond. et dem. (35. 1.).

[y] L. 32. 33. de adopt. (1. 7.).

[z] Heimburg l. c. §. 84.

[a] Müller ad Leyser Obs. 106. A. M. ist Glück Comment. §. 161.

§. 496.

Folgen der Aufhebung der väterlichen Gewalt.

Mit Aufhebung der väterlichen Gewalt müssen, 1) wie es im Begriff liegt, alle Folgen derselben (§. 347—378.) in Beziehung auf das Verhältniſs zwischen Vater und Sohn und einem Dritten aufhören, und der Sohn stellt selbst die Person eines Hausvaters vor [b]. 2) Wird die Gewalt beym Leben des Vaters geendigt, so muſs gleichfalls aus eben dem Grunde das ius sui heredis wegfallen, selbst wenn sie durch eine separirte Oeconomie aufgehoben ist [c]. 3) Erlischt sie durch den Tod des Vaters, so werden die Kinder sui heredes, und erhalten nun die Gewalt über ihre eignen nicht emancipirten, und nicht durch Adoption wieder in die Gewalt der Groſsältern zurückgekehrten Descendenten [d]. Erlischt sie durch den Tod der Kinder, so behält der Vater, wie Viele wollen, nicht mehr, wie sonst, einen lebenslänglichen Nieſsbrauch an deren Vermögen, wenn keine Descendenten, sondern Brüder da sind, selbst nicht einmal an den Adventitien, vielmehr trit er bloſs in das Verhältniſs eines Erben. Hinterläſst das Kind aber Descendenten, welche erben, so behält er ihn an den Adventitien [e]. 4) Die Emancipation und volle Adoption hat, auſser daſs sie, wie es sich von selbst versteht, die Wirkungen der väterlichen Gewalt aufhebt, noch die merkwürdige Folge, daſs sie alle bloſs bürgerlichen Privat-Rechte und Verbindlichkeiten, mit Ausnahme weniger Rechte [f], in der Person des Entlassenen zerstört [g], und also auch das ius agnationis, und die davon abhängenden bürgerlichen Familien-Rechte [h]. Diesen Verlust der Agnations-Rechte nennt man denn capitis deminutio minima [i]. Auch die Anastasische und Justinianeische Emancipation enthalten

[b] L. 9. pr. de SCt. Macedon. (14. 6.) L. ult. §. ult. C. de inoffic. test. (3. 28.).

[c] Grupen discept. for. c. 2. m. 3. Pufendorf T. 3. Obs. 1. A. M. ist I. H. Boehmer de statu liberor. sui iur. factor. per separat. et nuptias. (Exerc. T. 1.).

[d] L. 3. C. de iure deliberandi (6. 30.) pr. I. h. t. (1. 12.) L. 41. de adopt. (1. 7.).

[e] S. oben §. 363. not. 1.

[f] L. 16. C. de usufr. (3. 33.).

[g] L. 5. §. ult. L. 6. 7. 10. 11. de cap. minut. (4. 5.).

[h] L. 3. §. 1. eod. L. 10. pr. C. de adopt. (8. 48.).

[i] Tit. I. de cap. dem. (1. 16.).

eine solche [k]; doch ist diefs den natürlichen Kindern unschädlich geworden [l], während die Adoptiv-Kinder, welche nicht zugleich natürliche sind [m], dadurch noch jetzt alle Familien-Rechte verlieren [n]. 5) Die Kinder der Emancipirten bleiben unter der Gewalt des Emancipirenden, und fallen nach dem Tode des letzten nicht unter die Gewalt jener [o]. 6) Werden Kinder durch eine Würde sui iuris, so verlieren sie keine Familien-Rechte und bekommen ihre Kinder nach dem Tode des Ascendenten, aus dessen Gewalt sie gegangen sind, unter ihre eigne Gewalt [p]. 7) Bey der freywilligen Emancipation erhält der Vater, auch noch jetzt [q], zur Belohnung auf Lebenszeit den halben Niefsbrauch der Adventitien der Kinder [r]. Diefs kann aber auf die Fälle, da die Gewalt auf andre Art, z. B. durch eine separirte Oeconomie, oder eine Würde [s] erlischt, nicht erstreckt werden [t].

Vierte Abtheilung.

Ueber die Wiederherstellung der väterlichen Gewalt.

§. 497.

Deren Arten.

Die Wiederherstellung der väterlichen Gewalt kann geschehen, 1) wenn der Vater ein Kind wegen Undankbarkeit unter seine Gewalt zurückzieht, jedoch nur dann, wenn das Kind auf Römische Art emancipirt war [u]. 2) Durch gesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus allgemeinen Restitutions-Gründen, es sey nun auf Ansuchen des Vaters [x],

[k] §. 9 I. de hered. quae int. (3. 1.) L. 11. C. de legit. hered. (6. 58.).

[l] Nach Nov. 118.

[m] L. 23. pr. de lib. et posthum. (28. 2.).

[n] L. 13. de adopt. (1. 7.) Conradi de cap. dem. minima. L. 2. n. 2. (in dessen parerg.).

[o] pr. I. h. t. (1. 12.).

[p] Nov. 81. c. 2.

[q] A. M. ist Weber in d. Not. zu Höpfner §. 163. not. 11.

[r] L. 6. §. 3. C. de bon. quae lib. (6. 61.) Cramer Wetzl. Nebenst. B. 81. S. 117. fgg.

[s] Sehr abweichend ist Lauterbach coll. L. 15 T. 1. §. 22.

[t] Müller ad Leyser Obs. 152.

[u] L. un. C. de ingrat. lib. (8. 50.) G. A. Schubart de redintegratione patriae potestatis. Lips. 1723. §. 14. fgg.

[x] Schubart l. c. §. 12. 13.

oder des Sohnes; jedoch kann der letzte nur da Restitution erhalten, wo er nicht die Handlung des Vaters anficht, sondern gegen seine eignen, ihm schädlichen Handlungen, oder gegen die Handlungen Dritter, Restitution sucht [y]. 3) Nach dem Obigen durch Adoption emancipirter natürlicher Kinder. In allen jenen Fällen wird aber das, was bis zur Erneuerung der väterlichen Gewalt geschehen ist, durch die Wiederherstellung keineswegs rückwärts ungültig [z].

Zweyter Abschnitt.

Ueber Vormundschaften.

Einleitung.

§. 498.

Begriff der Tutel und Curatel.

Es gibt viele Fälle, da der Staat verpflichtet ist, für die Schützung einer Person, oder deren Sachen Sorge zu tragen [a]. Wird Jemand zur Aufsicht über die Person eines Unmündigen und dessen Sachen bestellt, so nennt man ihn einen Tutor; hat er hingegen die Aufsicht über einen Mündigen (cura personalis), oder bloſs über Sachen (cura realis), oder beides zugleich (cura mixta): so wird er Curator genannt [b]. Bey uns werden durch den

[y] L. 2. C. qui et adv. quos (2. 52.). P. de Ravennas singular. cap. 174. (in singular. doctor. T. 2.) Schubart l. c. §. 6. 10.

[z] L. 13. §. 1. C. de sentent. pass. (9. 51.) Schubart §. 19.

[a] Schriften über die ganze Lehre: P. Montani Tr. de iure tutelar. et curationum. Lugd. Bat. 1595. A. Fabri iurispr. Papinian. Tit. 12. J. Claproth Unterricht für Vormünder. 1773. E. G. Klügel de tutelis. Viteb. 1780. I. B. Wiesner Vormundschaftsrecht. Halle. 1785. Desselben Elementarwerk über das Vormundschaftsrecht. 1. B. Bresl. 1786. I. F. Frh. v. Leonhardi Vers. einer Vormundschaftslehre. Gieſsen. 1799.

[b] §. 4. I. qui testam. tut. dar. poss. (1. 14.) §. 5. I. de curator. (1. 23.) L. 9. C. qui petant. tut. (5. 31.) L. 20. pr. de tutor. et curator. dat. (26. 5.) Tit. P. de curatore furiosi (27. 10.). L. 4. C. in quib. casib. tutorem vel curat. hab. tut. vel curat. dari potest. (5. 36.). Ueber die gesetzliche Definition in §. 1. I. de tut. (1. 13.) Höpfner Comm. §. 167.

Ausdruck Vormund beide bezeichnet. Der Untergebene des Tutors heifst Pupill, der des Curators Curande; das Deutsche Mündel befafst beide.

§. 499.

Arten der Vormünder.

Die Thätigkeit eines Vormunds kann verschieden seyn. Ist er verpflichtet, sich mit dem Detail der Aufsicht über eine Person, oder der Verwaltung des Vermögens derselben zu befassen, so nennt man ihn gerens, oder administrans. Ist ihm hingegen durch ein Testament, oder den Richter [c] blofs aufgelegt, die Oberaufsicht über die Verwaltung des administrirenden Vormundes zu führen, so heifst er honorarius. Ein solcher honorarius wird mit dem Beysatz notitiae caussa datus bezeichnet, wenn ein administrirender Vormund in wichtigen Fällen an seinen Rath gebunden ist [d].

§. 500.

Wer bedarf eines Vormundes?

Nur der bedarf eines Vormundes, welcher nicht schon unter der Gewalt und Aufsicht eines Andern steht, wie der Haussohn, der Sklav, und der, bereits mit einem Vormunde versehene Pupill; doch leidet diefs eine Ausnahme, wenn in besonderen Fällen der Verdacht eintrit, dafs der Vorsteher das Interesse des Untergebenen dem seinigen nachsetzen werde, oder derselbe seiner Pflicht nicht genügen kann [e].

§. 501.

Wer kann Vormund seyn?

Ein jeder kann Vormund werden, welchen man im Testament einsetzen kann, und welcher die natürliche und bürgerliche Fähigkeit zur gewissenhaften Vollführung des übertragenen Geschäfts hat [f]. Fehlt es daran, so kann ihn der Magistrat von Amtswegen zu jeder Zeit, und in der

[c] Auch dieser kann es. Lauterbach coll. L. 26. T. 1. §. 5.

[d] L. 3. §. 2. de administr. tutor. (26. 7.) L. 32. §. 1. de testam. tut. (26. 2.) L. 14. §. 6. de solut. (46. 3.). Falsch unterscheidet drey besondere Arten Lauterbach l. c. §. 6.

[e] L. 13. de tutel. (26. 1.) Tit. C. in quib. cas. tut. vel cur. hab. tut. vel cur. dar. pot. (5. 36.) Nov. 117. c. 1.

[f] pr. I. qui test. tut. dar. poss. (1. 14.) L. 9. de his qui sui vel al. iur. (1. 6.).

Regel selbst nach übernommener Vormundschaft, entfernen (excusatio necessaria). Unfähig sind 1) Weiber, mit Ausnahmen der Mutter und Groſsmutter [g]. 2) Alle Verstandslose, und völlig Entkräftete [h]. 3) Taubstumme, Taube, Stumme, und in gewisser Maaſse völlig Blinde [i]. 4) Jeder, welcher noch nicht wirklich volle 25 Jahre vollendet hat [k]. 5) Gerichtlich erklärte Verschwender [l]. 6) Sklaven [m]. 7) Soldaten, welche wirklich im Dienst stehen [n]. 8) Bischöfe und Mönche. Die übrigen Geistlichen unter dem Bischof können, wenn sie wollen, eine gesetzliche Vormundschaft übernehmen [o]; auch pflegt man bey den Protestanten alle Geistlichen, sofern sie wollen, zur Vormundschaft zu lassen [p]. 9) Juden, als Vormünder eines Christen [q]. 10) Jeder, welcher sich für Geld zur Vormundschaft drängt [r]. 11) Offenbare und heftige Feinde des Vaters des Mündels, oder des Mündels selbst [s]. 12) Der Ehemann und Bräutigam [t]. 13) Jeder, mit

[g] L. 16. pr. L. ult. de tutel. (26. 1.) Nov. 118. c. 5. Pufendorf T. 2. Obs. 11.

[h] L. 10. §. ult. L. 11. L. 40. pr. L. 45. §. 4. de excus. (27. 1.) L. 40. de R. I. (50. 17.) Tituli C. qui morbo (5. 67. 10. 50.).

[i] L. 1. C. eod. L. 1. §. 2. 3. L. 17. h. t. (26. 1.). Eine überkommende Blindheit hebt die Tutel nicht nothwendig auf. L. 16. de auct. tut. (26. 8.) L. 40. de excus. tut. (27. 1.), man möchte denn mit Stryk de iure sens. D. 2. c. 2. n. 15. fgg. in dem Fall eine Ausnahme machen, wenn die Blindheit absolute Unfähigkeit erzeugt. In Betreff der Tauben und Stummen weicht man jetzt ab. Höpfner Comm. §. 245.

[k] §. 13. I. de excus. (1. 25.) L. ult. C. de legit. tutel. (5. 30.) Huber Digress. L. 3. c. 24. Struben 3. B. 32. Bed.

[l] L. ult. C. cit. L. 1. pr. de curat. furiosi (27. 10.) L. 11. §. 2. de tutor. et curat. dat. (26. 5.).

[m] L. 7. C. qui dare tutor. vel curat. poss. (5. 34.).

[n] L. 4. C. eod. Pufendorf T. 3. Obs. 183. Kinder der Cameraden sind ausgenommen. L. 23. §. 1. de excus. (27. 1.).

[o] L. 52. pr. C. de episc. et cleric. (1. 3.) Nov. 123. c. 5.

[p] Stryk L. 27. T. 1. §. 5.

[q] Zwar nicht nach L. 15. §. 6. de excus. (27. 1.) aber nach der Praxis. Lauterbach coll. L. 26. T. 1. §. 23.

[r] L. 21. §. ult. de tutor. et curator. dat. (26. 5.).

[s] §. 9. 11. 12. I. de suspect. tutor. (1. 26.) L. 3. §. 12. D. eod. (26. 10.) L. 6. §. 17. 18. de excusat. (27. 1.) Püttmann adversar. L. 1. p. 1. fgg.

[t] L. 2. C. qui dari tut. poss. (5. 34.) L. 4. C. de curat. fur. (5. 70.). Wo in Deutschland die Geschlechtscuratel gilt, da fällt dieſs weg. Heineccius de marito tutore et cura-

Ausnahme der Mutter und Grofsmutter [u], welcher, wenn ihm die Vormundschaft angetragen wird, Gläubiger, oder offenbarer Schuldner des Pupillen ist. Verschweigt der Gläubiger seine Foderung, so verliert er sie zur Strafe ganz; der Schuldner hingegen, welcher seine Schuld nicht angibt, verliert alle Einreden [x]. Alles diefs, an dessen practischer Gültigkeit nicht zu zweifeln ist [y], findet nach den Gesetzen unbedingt, also auch bey dem testamentarischen und Dativ-Vormunde, und bey jenem sogar dann statt, wenn der Testator die Schuld oder Foderung kannte [z]. Während der Vormundschaft entstehende Ansprüche bewirken nur die Beyordnung eines Curators [a]. 14) Jeder, zur Satisdation verpflichtete Vormund, welcher keinen Bürgen stellen kann [b]. Ferner darf 15) vom Magistrat Niemand zur Vormundschaft gelassen werden, welchen zuzulassen der Vater oder die Mutter verboten haben [c], selbst dann nicht, wenn ihn die Gesetze zur Vormundschaft rufen sollten [d]; und eben diefs ist endlich 16) der Fall, wenn der Berufene die Schreibkunst nicht versteht, deren Kenntnifs ihm zur Geschäftsführung in dem vorliegenden Fall nöthig wäre [e]. Alle andern Personen sind zuzulassen, also auch im Zweifel der Stiefvater [f]. Selbst infamirte Personen sind nicht absolut unfähig,

tore uxoris legitimo. (opusc. n. 21.).

[u] Nov. 94. c. 1.

[x] Nov. 72. c. 1. 3. 4. Ueberhaupt: Walch de tutore pupilli sui ante suscept. tutel. debitore (op. T. 1.). Dafs der, die Foderung verschweigende Vormund nur die Klage verliere, behauptet Weber v. d. nat. Verb. §. 94. princ. Allein s. oben §. 202.

[y] Struben 5. B. 8. Bed. A. M. ist Walch l. c. §. 6.

[z] Lauterbach coll. L. 26. T. 1. §. 18. fgg. A. M. ist Walch l. c. §. 6. Schilter Ex. 37. §. 87.

[a] Nov. 72. c. 2.

[b] L. 2. C. si tut. vel cur. satis non dedit (5. 42.).

[c] L. 8. pr. de testam. tut. (26. 2.) L. 21. §. 2. de tut. dat. (26. 5.) L. un. C. si contra matr. volunt. (5. 47.).

[d] L. 21. §. 1. 2. de tutor. et curat. dat. (26. 5.) Leyser Sp. 330. m. 2. Müller Obs. 594. A. M. ist Voet L. 26. T. 4. §. 2. Lauterbach coll. eod. §. 5.

[e] Das folgt aus der Natur der Sache, und man braucht hierüber bey §. 8. I. de excus. (1. 25.) L. 6. §. ult. eod. (27. 1.), worin man gewöhnlich mit Höpfner Comm. §. 244. eine schwierige excusatio voluntaria findet, nicht verlegen zu seyn.

[f] E. M. Chladenius de vitrico tutore pupilli minus suspecto. Viteb. 1771.

wenn sie auch gleich bey dem Vordrängen zu einer ausschliefslichen Verwaltung nicht gehört werden [g].

Erste Abtheilung.

Ueber die Entstehung der Vormundschaft.

§. 502.

Entstehung der Vormundschaft.

Der Regent und dessen Stellvertreter sind verpflichtet, für das Interesse aller derer zu sorgen, welche von Seiten des Staats eines Schützers bedürfen. Diese obervormundschaftlichen Verpflichtungen liegen in Deutschland ob, und zwar in Rücksicht der Unmittelbaren, den Reichsgerichten, als Stellvertretern des Kaisers, in Rücksicht der Mittelbaren, den Territorial-Regenten, allen mit einer ordentlichen Gerichtsbarkeit verliehenen Gerichten, und den, häufig für Vormundschaftsachen angeordneten Collegien [h]. Zur besonderen Aufsicht und Verwaltung müssen jedoch einzelne Personen bestellt werden, deren Verpflichtung zur Uebernahme der Vormundschaft auf mannigfaltigen Gründen beruhen kann.

§. 503.

I) Der Tutel. 1) Testamentarische.

Was I) die Tutel betrifft, so ist der Grund derselben nach Römischem Recht dreyfach: ein Testament (tutela testamentaria), eine gewisse Eigenschaft einer Person, woran nach den Gesetzen die Verpflichtung zur Uebernahme der Tutel geknüpft ist (tutela legitima), oder die Bestellung des Magistrats (tutela dativa). Viele nehmen jetzt auch noch eine vertragsmäfsige Tutel (pactitia) an. Was die erste betrifft, so kann nach den 12 Tafeln 1) der Hausvater den, unter seiner Gewalt befindlichen, oder künftig darunter kommenden Kindern [i],

[g] L. 1. §. 6. de postul. (3. 1.) L. 17. § 1. de test. tut. (26. 2.) L. un. C. de infam. (10. 57.) Lauterbach coll. L. 26. T. 1. §. 25.

[h] Pol. O. v. 1548. Tit. 31. v. 1577. Tit. 32. I. I. a Pühel de tutel. electorum, principum, aliorumque S. R. I. statuum. Ien. 1669. Heineccius de suprema principum magistratuumque tutela.

[i] §. 4. I. de tutel. (1. 13.) L. 1. §. 1. de test. tut. (26. 2.). Die posthumi müssen aber geboren werden. L. 19. §. 2. eod. L. 29. de neg. gest. (3. 5.). Ueberhaupt: I. D. Braun de tutela testam. ex iure tam publ. quam privato. Arg. 1760. I. U. Roe-

selbst den enterbten [*k*], oder denen, welche sich von der Erbschaft enthalten [*l*], bis zu den Jahren der Mündigkeit [*m*], einen Vormund ernennen; nur dürfen sie nach seinem Tode nicht unter die Gewalt eines Andern fallen [*n*], oder vor seinem Tode Hausväter geworden seyn [*o*]. Die Bestellung muſs im Testament, oder bestätigten Codicillen geschehen [*p*]; der Ernannte muſs gewiſs seyn [*q*]; auch darf es der Wahl desselben nicht freygegeben werden, ob er dieses, oder eines andern Kindes Vormund seyn wolle [*r*]. Zugleich ist erfoderlich, daſs die schriftliche Ernennung nicht allein durch die Hand des Vormundes selbst geschehe [*s*], auch der Vormund nicht für einzelne Geschäfte bestellt werde [*t*]. Im Uebrigen ist der Vater ungebunden. Er kann den Vormund unter Zeitbestimmungen und Bedingungen [*u*], Personen einer andern Gerichtsbarkeit [*x*], ja sogar Unfähige bestellen, welches aber nur dann wirkt, wenn sie fähig werden [*y*]. Als Interpretations-Regel haben die Gesetze hier die Vorschrift aufgestellt, daſs das Wort liberi alle Kinder, filii oder filius alle Kinder des ersten Grades, posthumi die posthumos aller Grade bezeichnen soll [*z*].

§. 504.

Unvollkommene testamentarische.

Nach dem ursprünglichen Begriff ist es keine testamentarische Tutel, wenn der, welcher den Vormund ernennt, keine väterliche Gewalt hat, oder keine förmliche Disposition errichtet. Nach neuerem Recht muſs jedoch der Magi-

der symbola ad ius tutel. test. collata. Cob. 1772.

[*k*] L. 4. pr. L. 26. §. 2. L. 31. eod. A. M. ist wegen L. 1. §. 10. de suis et legit. (38. 16.) L. 73. §. 1. de R. I. (50. 17.) L. 53. pr. de V. S. (50. 16.) Hotomann Obs. L. 6. c. 5. allein s. Walch ius contr. p. 89.

[*l*] Struv Ex. 34. Th. 19.

[*m*] pr. I. quib. mod. tutel. finit. (1. 22.).

[*n*] §. 3. I. de tutel. (1. 13.) L. 1. §. 2. h. t. (26. 2.).

[*o*] L. 1. §. 1. eod.

[*p*] L. 3. pr. eod.

[*q*] L. 20. pr. L. 30. eod.

[*r*] L. 23. eod.

[*s*] L. 29. eod.

[*t*] §. 4. I. qui testam. tut. (1. 14.).

[*u*] §. 3. I. eod. L. 8. §. 2. h. t. (26. 2.).

[*x*] L. 32. pr. eod.

[*y*] §. 2. I. h. t. (1. 14.) L. 10. §. 3. eod. (26. 2.) L. 10. §. 7. de excus. (27. 1.).

[*z*] §. ult. I. h. t. (1. 14.) L. 5. L. 6. L. 16. §. 1. eod. (26. 2.).

strat in vielen Fällen einen solchen, an sich ungültig ernannten Vormund bestätigen, und zwar bald schlechthin, bald nach vorgängiger Untersuchung über die Tauglichkeit des Subjects (praevia inquisitione), oder nach vorher bestellter Sicherheit (cum satisdatione). Man unterscheide hier: A) ein, von einem väterlichen ehelichen Ascendenten einem emancipirten Kinde, oder sonst unregelmäſsig ernannter Vormund ist schlechthin, auch wenn das Kind nicht eingesetzt ist, zu bestätigen; doch darf, wenn die Frage über die Gültigkeit der Ernennung vorläufig noch nicht entschieden werden kann, einstweilen ein andrer gesetzt werden [*a*]. B) Der, von der Mutter, oder dem natürlichen Vater ernannte Vormund muſs nur dann, wenn das Kind eingesetzt ist, bestätigt werden, zwar ohne Satisdation, aber nur nach angestellter Untersuchung [*b*]; doch kann ihn der Magistrat, wenn er will, auch ohne jene Voraussetzung bestellen [*c*]. C) Ernennen andre Personen einen Vormund, so ist er, wenn sie dem Kinde etwas hinterlassen, nach vorgängiger Untersuchung und Satisdation, sofern das Kind sonst keine Güter hat, zu bestätigen [*d*]. Alle diese zu confirmirenden Vormünder sind aber im Ganzen als dativi zu behandeln, so weit sie nicht namentlich den testamentarischen gleichgestellt sind [*e*].

§. 505.

2) Gesetzliche.

2) Nachdem die Cognaten den Agnaten gleichgestellt sind, und das Patronat-Recht bey uns aufgehört hat, so fallen die verschiedenen Arten der älteren gesetzlichen Tutel [*f*] jetzt weg, und es bleibt bloſs die gesetzliche Tutel der nächsten Inte-

[*a*] L. 1. §. 1. 2. de confirm. tutor. (26. 3.) L. 10. pr. de test. tut. (26. 2.).

[*b*] L. 2. L. 7. pr. eod. L. 4. de testam. tutel. (26. 2.). A. M. ist Höpfner Comm. §. 178. not. 1. in Betreff des pater naturalis.

[*c*] L. 4. C. de test. tut. (5. 28.) Bynkershoek Obs. L. 1. c. 15. Marckart probab. P. 2. p. 104. fgg.

[*d*] L. 26. §. 2. de test. tut. (26. 2.) L. 4. de conf. tut. (26. 3.) Voet eod. §. 1. A. M. ist Hofacker T. 1. §. 634.

[*e*] Lauterbach coll. eod. Tit. §. 6. Grass collat. iur. Rom. S. 1. §. 7. pr. Das Umgekehrte behauptet Boehmer ius D. L. 26. T. 3. §. 4. und für eine tutela mixta streitet Cocceii I. C. eod. qu. un.

[*f*] S. Inst. L. 1. T. 15. 17. 18. 19.

staterben übrig. Stehen mehrere in gleichem Grade, so sind sie alle zur Tutel gerufen [g]. Wer zur Tutel absolut unfähig ist, devolvirt dieselbe auf den entfernteren Verwandten [h]. In Ansehung der natürlichen, ehelichen, oder unehelichen, Mutter und Grofsmutter ist das Besondere, dafs sie, wenn sie wollen, und den Bürgschaftswohlthaten der Weiber, und einer künftigen Ehe entsagen, vor allen Seitenverwandten zur Tutel gelassen werden [i]. Dafs sie den väterlichen Ascendenten vorgehen, läfst sich so wenig behaupten [k], als man den väterlichen Ascendenten einen besondern Vorrang einräumen kann [l]. Es bleibt vielmehr im Verhältnifs beider zu einander bey den allgemeinen Grundsätzen. Die Mutter geht also dem Grofsvater, die Grofsmutter aber dem Aeltervater vor, und Grofsmutter und Grofsvater concurriren zusammen. Nur das läfst sich, da die Novelle blofs von der Wittwe spricht, behaupten, dafs der emancipirende Vater der Mutter vorgeht, so wie jeder, beym Leben des Vaters an dessen Statt zur Tutel gerufene Verwandte.

§. 506.

3) Dativ-Tutel.

3) Bey den Römern konnten ursprünglich nur wenige, und später auch nicht alle Magistrats-Personen einen sogenannten Dativ-Tutor bestellen [m]; bey uns aber ist jede, mit einer Civil-Gerichtsbarkeit versehene Obrigkeit dazu befugt [n]. Nur mufs sie 1) in Rücksicht des Pupillen competent seyn. Als competenter Richter ist hier anzusehen der Richter

[g] Nov. 118. c. 5. de Ludwig differ. iur. Rom. in tutel. testam. et legit. Hal. 1712. A. I. Schott de tutela legitima. Ultr. 1723. H. G. Bauer de rat. iur. Rom. in constituenda tutel. legit. Lips. 1767.

[h] L. 1. §. 1. 2. L. 3. §. 9. h. t. (26. 4.).

[i] Nov. 94. c. 1. Nov. 118. c. 5. ab Eyben de tutela matris (op. p. 321.) Grass de tutela matern. nobil. imper. immediat. Tub. 1701. Pufendorf T. 2. Obs. 11.

[k] A. M. ist Hofacker T. 1. §. 638.

[l] A. M. ist Lauterbach coll. L. 26. T. 4. §. 6. 7.

[m] §. 4. 5. I. de Atil. tutor. (1. 20.) L. 1. §. 1. 2. L. 3. de tutor. et curat. dat. (26. 5.) Marche de tutor. ex L. Iul. et Tit. (in Fellenberg iur. Ant. T. 2. n. 19.).

[n] Pol. O. v. 1577. Tit. 32. §. 3. I. P. de Ludwig differ. iur. Rom. et Germ. in tutela Atiliana. Hal. 1713.

des Wohnorts des Pupillen [o], wo denn, wenn der Pupill mehrere Wohnorte hat, die Prävention eintrit [p]. Hat der Vater des Pupillen einen privilegirten Gerichtsstand gehabt, so geht dieser vor [q]. Sollte aber der Pupill weder einen festen Wohnsitz, noch einen privilegirten Gerichtsstand haben, so gehört die Sache vor den Richter seines Geburtsorts [r], oder den, unter welchem die mehresten Sachen gelegen sind [s]. Treten alle jene Gründe nicht ein, so ist der Richter des Orts zuständig, wo sich der Pupill aufhält [t]. 2) Der Magistrat kann nur Personen aus seiner Gerichtsbarkeit bestellen, wenn ihm nicht der Oberrichter gestattet, einen fremden Gerichtsuntergehörigen zu ernennen, auch kann er sich selbst nicht wählen [u]. 3) Die Bestellung muſs nach vorgängiger Untersuchung [x], auch darf sie nicht unter einer Bedingung, von einem Tage, oder bis zu einem Tage geschehen [y]; doch leidet das letzte eine Ausnahme, wenn nur ein interimistischer Vormund zu ernennen ist [z]. Im Uebrigen kann die Bestellung zu jeder Zeit, an jedem Ort [a], und sowohl unter Gegenwärtigen, als unter Abwesenden geschehen [b]. 4) Die Gewalt eines, so bestellten Tutors erstreckt sich über alle Güter des Pupillen, sie mögen belegen seyn, wo sie wollen [c]. Ist jedoch das Vermögen des Pupillen weitläuftig und zerstreut, so kann die Tutel getheilt, und über die auswärts belegenen Güter von dem Magistrat, in dessen Gerichtsbarkeit sie sich finden, ein besonderer Tutor ernannt werden [d].

[o] L. 3. C. de municip. (10. 38.) L. un. in f. C. ubi pet. tut. (5. 32). Ueberh. Franzke resol. L. 1. qu. 16. 17.

[p] Wernher lect. comm. L. 26. T. 5. §. 5.

[q] Hellfeld iur. for. §. 1318.

[r] L. un. C. ubi pet. tutor. (5. 32.).

[s] Leyser Sp. 333. m. 6.

[t] Stryk U. M. L. 26. T. 5. §. 8.

[u] L. 3. 4. 24. h. t. (26. 5.) Huber prael. eod. §. 3. Hertel de tutore alienae iurisdict.

[x] L. 21. §. 2. 5. 6. eod. L. 7. §. 1. L. 8. de confirm. tut. (26. 3.).

[y] L. 6. §. 1. de tut. (26. 1.) L. 77. de R. I. (50. 17.).

[z] §. 1. 2. I. de Atil. tut. (1. 20.) L. 10. de test. tut. (26. 2.) L. 2. 9. h. t. (26. 5.).

[a] L. 8. §. 2. eod. L. 3. §. 3. de tut. (26. 1.).

[b] L. 5. h. t. (26. 5.).

[c] §. 17. I. de excusat. (1. 25.).

[d] L. 27. h. t. (26. 5.) L. 21. §. 2. de excusat. (27. 1.) L. 5. §. 12. de reb. eor. (27. 9.). Voet L. 27. T. 9. §. 5. Pufendorf T. 2. Obs. 95.

§. 507.

4) Vertragsmäſsige.

4) Eine vertragsmäſsige Tutel kommt im Römischen Recht nicht vor, sondern nur die Entscheidung, daſs der, welcher sich seiner Excusation nicht zu bedienen versprochen habe, nachher an diesen Vertrag gebunden sey [*e*]. Das Römische Recht verbietet aber auch nicht die vertragsmäſsige Tutel. Die Streitfrage: ob es eine solche gebe [*f*]? läſst sich also nur insofern bejahend beantworten, als eine solche Tutel aus den allgemeinen Grundsätzen über die Verträge gerechtfertigt werden kann. Hienach (§. 160.) muſs denn der Vertrag des Vaters, als eines Dritten, für unwirksam erklärt werden, gesetzt das Kind sollte ihn unter Auctorität des Vaters mit geschlossen haben, indem aus einem solchen Vertrage auch Verpflichtungen für das Kind entspringen, welche die Auctorität des Vaters nicht begründen kann [*g*]. Die Rechtsbeständigkeit eines, vom Magistrat geschlossenen Vertrags (welche in Betreff fremder Gerichtsuntergehörigen wichtig werden kann) läſst sich aber gar nicht anfechten, da der Magistrat den Pupillen auf alle Weise zu vertreten verpflichtet ist. Man muſs jedoch eine solche, durch Vertrag begründete Tutel weder mit dem Fall vermengen, wenn ein Pflegvater (§. 493.), welcher als solcher aber nur bloſser Geschäftsführer ist [*h*], durch eine sogenannte tutela occupatitia [*i*] sich verlassener Kinder annimt, als mit der Uebertragung der Administration, welche durch ein Mandat, oder die Theilung der Tutel geschehen kann. Denn diese kannten auch die Römer schon als einen erlaubten Vertrag [*k*]. Verboten dagegen ist die, ehemals den Agnaten an Agnaten erlaubte tutela cessitia, d. h. die gänzliche Abtretung der Tutel selbst [*l*].

[*e*] §. 9. I. de excus. (1. 25.) L. 15. §. 1. eod. (27. 1.) Uryhof Obs. cap. 9. Heineccius de tutela pactit. Lips. 1777.

[*f*] Ueber die Geschichte des Streits vergl. Hallische Beytr. 1. B. S. 131. fgg. Müller ad Leyser Obs. 587.

[*g*] §. 10. I. de inutil. stipul. (3. 20.).

[*h*] S. die Lehre von Protutoren §. 534.

[*i*] Vergl. I. I. Schierschmid de tutela occupat. Ien. 1742.

[*k*] L. 5. §. 3. de admin. et per. tut. (26. 7.) Müller l. c. Obs. 589.

[*l*] C. G. Küstner de tutela cessitia. Lips. 1745. Schulting ad Ulp. Fragm. Tit. 11. §. 7. 8.

§. 508.

Verhältniſs aller zu einander.

Das Verhältniſs der bisher genannten Arten der Tutel wird durch folgende Regeln bestimmt: 1) Die testamentarischen Vormünder gehen allen andern vor [*m*], und denselben Vorrang haben alle tutores confirmandi der Römer [*n*]. Wird 2) der testamentarische, oder gesetzliche Vormund einstweilen verhindert, so setzt der Magistrat einen interimistischen Tutor [*o*]. 3) Ist kein testamentarischer Vormund ernannt, so muſs der gesetzliche eintreten [*p*]. Fällt 4) der, zur Tutel Gerufene vor oder nach Uebernahme derselben weg, so setzt der Magistrat einen Vormund, wenn er bey Entfernung des Vormunds concurrirt, oder einer von mehreren ernannten Vormündern wegfällt, dem ein andrer zu substituiren ist, sonst aber trit der gesetzliche ein [*q*]. 5) Die vertragsmäſsige Tutel in dem eben angegebenen Sinn hat natürlich mit der dativa gleichen Rang.

§. 509.

II) Entstehung der Curatel.

II) Die Arten der Curatel sind verschieden, und eben so die Entstehungsgründe derselben. Nach den 12 Tafeln müssen 1) alle rasenden und blödsinnigen Mündigen einen Curator haben. Der nächste Erbe derselben (also auch der Sohn) muſs die Curatel, jedoch nach vorgängiger Untersuchung des Magistrats, übernehmen. Ist aber kein solcher da, so setzt die Obrigkeit nach Willkühr einen Curator [*r*], auch muſs sie den, vom Vater ernannten bestätigen [*s*]. 2) Mündigen, welche auf eine unsinnige Art ihr Vermögen verschleudern, ist durch ein richterliches Decret die Verwaltung desselben zu nehmen [*t*]. Ist dieſs ge-

[*m*] L. 11. pr. de test. tut. (26. 2.).

[*n*] L. 26. §. 2. L. 27. eod. Nov. 118. c. 5. Lauterbach coll. L. 26. T. 4. §. 4.

[*o*] §. 1. 2. de Atil. tut. (1. 20.).

[*p*] pr. I. de legit. agn. tutel. (1. 15.).

[*q*] L. 11. de test. tutel. (26. 2.).

[*r*] §. 4. I. de curat. (1. 23.) L. 6. L. 13. de curat. furios. (27. 10.) L. 5. C. de curat. furios. (5. 70.).

[*s*] L. 7. §. 5. C. l. c. §. 1. I. de curat. (1. 23.).

[*t*] L. 1. L. 10. pr. L. 15. pr. de curat. (27. 10.). Leyser Spec. 349. m. 1. 2. Klein Annalen 13. B. n. 304. Bülow u. Hagemann Erört. 3. B. n. 48. Ueberh. F. Hoppe Vers. die Lehre v. d. jurist. Verschwendern systemat. u. critisch zu bearbeiten. Gieſs. 1803.

schehen, so sind die nächsten Erben, wenn im Testament des Vaters kein zu confirmirender Curator ernannt ist, deren gesetzliche Curatoren, wobey jetzt auch der Sohn nicht ausgeschlossen ist; im Abgange derselben aber bestellt ihnen der Richter nach Willkühr einen Curator [u], und zwar bey einer testamentarischen Angabe des Vaters ohne weitere Untersuchung, ob der Sohn wirklich ein Verschwender ist [x]. 3) Stupiden und ausschweifenden Minderjährigen muſs der Magistrat nach der L. Laetoria einen Curator bestellen [y]. Die übrigen Minderjährigen muſsten bey den Römern einen Curator annehmen, wenn ihnen derselbe im Testament bestellt war [z]; sonst aber nur in gewissen einzelnen Fällen; doch konnten sie sich immer einen solchen erbitten, welchen sie dann bis zur Volljährigkeit behalten muſsten [a]. Die Reichsgesetze haben dieſs aber dahin geändert, daſs allen Minderjährigen Curatoren gesetzt werden sollen; daſs auch im Testament die Ernennung derselben geschehen kann; und die nächsten Blutsfreunde gesetzliche Curatoren derselben sind [b]. Es ist nun also die Curatel der Minderjährigen in Rücksicht des Ursprungs eben so mannigfaltig, als die Tutel. 4) Selbst Unmündigen, welche unter Tutoren, und Minderjährigen, welche unter der väterlichen Gewalt stehen, kann zur Beyhülfe des Tutors, oder für einzelne Sachen und Geschäfte ein Curator gegeben werden [c]. 5) Allen Personen, welche an einem völligen Unvermögen leiden,

[u] L. 1. L. 10. L. 15. cit. Ueber das Recht des Sohns vergl. L. 1. §. 1. eod. L. 12. §. 1. de tutor. et curat. dat. (26. 5.) L. 40. de R. I. (50. 17.) Hoppe a. a. O. §. 5. S. 30. C. L. Crell de filio patris aut matr. curatore. Vit. 1754.

[x] L. 16. §. 1. 3. h. t. (27. 10.). A. M. ist Faber iurispr. Pap. T. 12. P. 3. Illat. 13.

[y] Vergl. Hertoghe de Tribon. circa leg. Laetor. non errant. Hetzer de L. Laetoria (in Fellenberg iur. ant. T. 2. n. 21.) mit L. I. F. Hoepfner de L. Laetoria et cura minorum.

[z] §. 1. I. h. t. (1. 23.).

[a] §. 2. I. l. c. L. 2. C. qui legit. stand. pers. in iudic. hab. (3. 6.) L. 7. C. qui pet. tut. vel cur. (5. 31.) L. 1. §. 3. L. 7. §. 2. de minor. (4. 4.) L. 2. §. 4. 5. qui pet. tut. (26. 6.) L. 13. §. 2. de tutor. et curat. dat. (26. 5.). Hetzer l. c. §. 12. Hoepfner l. c. §. 2. I. F. Meyer de eo quod interest inter tutelam et curam aetatis. Goett. 1792. §. 14 fgg. A. M. ist G. C. Crusius ad constit. D. Marci de curat. minor. (in Fellenberg iur. ant. T. 2. n. 20.).

[b] Pol. O. v. 1577. Tit. 32.

[c] L. 13. de tutel. (26. 1.) Tit. C. in quib. cas. tut. vel curat. hab. (5. 36.) Nov. 117. c. 1.

ihren Geschäften vorzustehen, ist gleichfalls vom Magistrat ein Curator zu bestellen [d]. Ist Jemand abwesend, ohne dafs man seinen Aufenthalt weifs, so mufs für die zurückgelassenen Sachen desselben gleichfalls ein sogenannter Curator absentis bestellt werden [e], und zwar sind dazu die nächsten Intestat-Erben [f], oder, wenn diese selbst unfähig sind, deren Vormünder zu wählen [g]. Ueber die sogenannte cura ventris [h], und die Curatel über eine Erbschafts- oder Concursmasse [i], ist unten in der Lehre vom Erbrecht und Concurse das Nöthige zu erinnern. Die, blofs auf particulairen deutschen Statuten beruhende Lehre von der Geschlechtsvormundschaft ist hier aber ganz zu übergehen.

§. 510.

Pflicht und Recht, Vormünder zu erbitten.

Zur Unterstützung der Polizey-Gewalt ist es jedem Freunde, Verwandten und Creditor erlaubt, den Magistrat auf die Fälle, da ein Vormund zu bestellen, oder zu bestätigen ist, aufmerksam zu machen, und demselben tüchtige Subjecte in Vorschlag zu bringen [k]. Der Mutter, sofern sie nämlich nicht Vormünderinn seyn will, oder seyn kann [l], und den übrigen Intestat-Erben, sofern sie nicht die Tutel übernehmen, ist es sogar bey Strafe zur Pflicht gemacht, dem Unmündigen einen Tutor, oder, wo er dessen bedarf, einen Curator [m], zu erbitten, oder die Bestätigung des unvollkommen ernannten Vormundes zu verlangen [n]. Versäumen sie diefs sofort zu thun, d. h. innerhalb eines Jahres [o], oder bringen sie leichtsinnig, oder arglistig unfähige, oder eine Ex-

[d] §. 4. I. h. t. (1. 23.) L. 12. pr. de tutor. et curat. dat. (26. 5.).

[e] Leyser Sp. 97. m. 3. Voet L. 10. Tit. 2. §. 18. Bardili de curatore bonor. absent. Tub. 1667. Schmalcalder de eo quod. iust. est circa eos qui disparuerunt. Tub. 1758. Schorch de cura bonor. absent. Lips. 1761.

[f] Leyser Sp. 97. m. 6.

[g] Leyser Sp. 330. m. 6.

[h] Tit. P. de ventre in poss. mitt. (37. 9.).

[i] Tit. P. de curatore bon. dando (42. 8.).

[k] L. 2. §. 1. qui pet. tut. (26. 6.) L. 1. 4. 7. C. eod. (5. 31.).

[l] Struv Ex. L. 26. T. 6. §. 32.

[m] Z. B. wenn der Tutor angeklagt ist. L. 4. §. 2. h. t. (26. 6.).

[n] L. 2. §. 2. L. 4. pr. eod.

[o] L. 2. §. 43. ad SCt. Tertull. (38. 17.). Lauterbach coll. L. 26. T. 6. §. 3.

cusation habende, und sich derselben wirksam bedienende [p] Personen in Vorschlag, so werden sie von der Intestat-Erbfolge im Vermögen des Kindes, und als dessen Pupillar-Substituten ausgeschlossen [q], und zwar zum Vortheil der nächsten Erben [r], nicht aber von dem, was ihnen wegen eines andern Grundes aus der Masse des Kindes gebührt [s]. Eben diese Strafe trit ein, wenn sie einem Mündigen, welcher einen Curator haben mufs, aber kein Testament errichten darf, keinen, oder einen verwerflichen Curator gebeten haben [t]. Die Rechtsunwissenheit befreyet nicht von dieser Strafe [u]; doch fällt sie weg: A) wenn das Kind durchaus, oder für die Zeit, da es eines Vormunds bedarf, ohne alles Vermögen [x]; B) wenn die nachlässige Mutter minderjährig [y]; C) wenn das Kind nach erlangter Fähigkeit, ein Testament zu errichten, gestorben ist [z]; endlich D) wenn die Intestat-Erben verhindert waren, oder ihnen ein Andrer zuvorgekommen ist [a]. Die heutige Anwendbarkeit dieser Sätze ist juristisch nicht zu bestreiten [b], und eben so wenig läfst sich die, eber unter C) gedachte Ausnahme als durch das Recht der Novellen aufgehoben ansehen [c]. — In allen Fällen ist aber der Magistrat jetzt von Amtswegen, auch unaufgerufen, verpflichtet, Vormünder zu bestellen [d].

[p] L. 2. §. 1. h. t. (26. 6.) L. 2. §. 32 - 41. ad SCt. Tertull. (38. 17.).

[q] L. 10. C. de legit. hered. (6. 58.) L. 6. C. ad SCt. Tertul. (6. 56.). Engau de poenis in petendo tutore negligent. Ien. 1748.

[r] L. 2. §. 1. h. t. (26. 6.) L. 2. §. 23. ad SCt. Tertull. (38. 17.) L. 10. C. de legit. hered. (6. 58.).

[s] L. 4. §. 3. h. t. (26. 6.).

[t] L. 2. §. 29. 30. 31. ad SCt. Tertull. (38. 17.). Stryk U. M. L. 26. T. 1. §. 34.

[u] L. 11. C. h. t. (5. 31.).

[x] L. 2. §. 26. 45. 46. ad SCt. Tert. (38. 17.).

[y] L. 2. C. si advers. delict. (2. 35.).

[z] L. 3. C. ad SCt. Tertull. (6. 56.).

[a] L. 2. §. 27. 28. D. eod. (38. 17.) L. 8. C. h. t. (5. 31.).

[b] Engau l. c. A. M. ist I. C. Frank de success. matri in tutore liberis petendo negligenti hodierno iure non adimenda. Hal. 1718.

[c] Man mufs diefs aber nur besser beweisen als Walch ius contr. p. 97. nämlich daraus, dafs der pubes ungeachtet Nov. 115. cap. 4. noch Mittel genug hat, seine Empfindlichkeit zu beweisen.

[d] Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 1. Müller ad Leyser Obs. 693.

Zweyte Abtheilung.

Ueber die, aus der Delation, Uebernehmung und Führung der Vormundschaft entspringenden Rechtsverhältnisse.

§. 511.

I) Pflichten und Rechte bey Delation der Vormundschaft.

Jeder Staatsbürger ist als solcher verpflichtet, eine, ihm durch Gesetz, Testament oder obrigkeitliche Berufung übertragene Vormundschaft zu übernehmen [e], zwar nicht mit Aufopferung seines Vermögens, aber doch in Rücksicht seiner Dienste unentgeltlich [f]; wiewohl man in Deutschland den Vormündern häufig Ansprüche auf ein billiges Honorar gestattet [g]. Vom Augenblick der deferirten Vormundschaft fängt die Verantwortlichkeit wegen vernachlässigter Administration an [h], und wegen aller von diesem Augenblick für den Pupillen besorgten Geschäfte kann der Vormund als solcher belangt werden [i]. Die Zeit der Delation ist bey der Dativ-Vormundschaft der Augenblick der Berufung; bey der gesetzlichen und testamentarischen (wenn nämlich die letzte durch Antretung der Erbschaft, die erste durch den Tod begründet ist) der Augenblick der Wissenschaft des unbedingten Anfalls [k]. Nur in einigen Fällen kann sich der Bürger, wenn er sich darauf beruft, der Vormundschaft entziehen (excusatio voluntaria); jedoch in der Regel nur von einer ihm angetragenen, in einigen Fällen aber von der bereits übernommenen Vormundschaft [l].

§. 512.

Excusations-Recht.

Von einer angetragenen sowohl, als von einer übernommenen Vormundschaft kann sich befreyen: A) jeder, welchem Armuth oder Krank-

[e] L. 6. §. 15. de excusat. (27. 1.) L. 1. pr. de admin. tut. (26. 7.).

[f] L. 6. §. 15. de excus. (27. 1.) L. 1. §. ult. de muner. et honor. (50. 4.).

[g] L. Menke de salario tutor. et curator. B. L. Mollenbeck de salar. tut. Giess. 1704. Runde Priv. R. §. 630.

[h] L. 40. L. 58. §. 2. de admin. tut. (26. 7.) L. 1. C. de test. tut. (5. 28.).

[i] L. 1. 4. C. eod.

[k] §. 16. I. de excus. (1. 25.) L. 13. §. 9. L. 21. §. 1. L. pen. §. 1. eod. (27. 1.) L. 6. C. eod. (5. 62.).

[l] F. v. d. Brandeler de excus. tutor. et curat. Ultr. 1758. I. G. Scherz de excus. tut. Argent. 1713. G. A. Jenichen

heit die Führung derselben zu beschwerlich oder unmöglich macht [*m*]. B) Jeder, welcher auf Befehl des Regenten seinen Wohnort ändert, sofern der Regent weiſs, daſs er Vormund war, oder ihm die Vormundschaft niederzulegen erlaubt [*n*]. Unter gewissen Einschränkungen C) derjenige, welcher in Angelegenheiten der res publica, d. h. des Staats [*o*], verreist ist, nämlich insofern, daſs er während der Abwesenheit die Administration der übernommenen Vormundschaften, und, wenn er über See verreist, die Vormundschaft selbst ganz abgeben kann [*p*]. Endlich D) jeder, welcher in das consilium principis aufgenommen ist [*q*].

§. 513.

Fortsetzung. Bloſs von der angetragenen Vormundschaft können sich entschuldigen: A) Personen, welche über 70 Jahre alt sind [*r*]. B) Die, welche in Angelegenheiten des Staats verreist sind, sofern ihnen bis zum ersten Jahr nach ihrer Rückkunft ein solches Amt angetragen wird [*s*]. C) Höhere Magistratspersonen [*t*], welches man jetzt auf alle Obrigkeiten auszudehnen pflegt [*u*]. D) Bey den Protestanten alle Geistlichen [*x*]. E) Alle (Poeten und Musiker ausgenommen), welche als Lehrer freyer Wissenschaften öffentlich bestellt, oder als Lehrer solcher Wissenschaften, oder als Aerzte in ihrer Vaterstadt thätig sind [*y*], wohin man jetzt alle Professoren und academischen Docenten, welche

obs. sel. ex iure Germ. et S. R. I. publico de excus. tut. et curat. Giess. 1755.

[*m*] §. 6. I. h. t. (1. 25.) L. 7. L. 40. h. t. (27. 1.).

[*n*] L. 12. §. 1. eod.

[*o*] A. M. ist Huber prael. ad I. L. 1. T. 25. §. 3. arg. L. 10. pr. h. t. (27. 1.). Allein s. §. 2. I. eod.

[*p*] §. 2. I. l. c. L. 10. pr. §. 2. eod. (27. 1.) L. 11. §. 2. de minor. (4. 4.).

[*q*] L. 30. pr. h. t. (27. 1.). E. G. Klügel de honorib. a tutel. et cur. excus. Vit. 1758.

[*r*] §. 13. I. h. t. (1. 25.) L. 2. pr. §. 1. eod. (27. 1.) L. un. C. qui aetat. se excusar. (5. 68.) L. ult. C. qui aetat. vel profess. (10. 49.) A. M. ist Voet L. 27. T. 1. §. 7.

[*s*] §. 2. I. h. t. (1. 25.) L. 10. pr. §. 2. eod. (27. 1.). Toullieu collect. n. 7.

[*t*] §. 3. I. eod. A. M. ist Giphanius ad §. 3. cit.

[*u*] Sande L. 1. Dec. 9. Def. 6. Schilter Ex. 27. §. 161. Stryk L. 27. T. 1. §. 3.

[*x*] S. oben §. 501.

[*y*] §. 15. I. h. t. (1. 25.) L. 6. §. 1—9. eod. (27. 1.) L. 6. C. de profess. et med. (10. 52.) Otto Thes. T. 4. p. 1578.

jedoch gegen Kinder ihrer Collegen dieses Vorrechts nicht genießen, zu rechnen pflegt [z]. Nach den Gesetzen ist der Unfleiß ein Entsetzungsgrund vom Lehramt; aber auch vor der Entsetzung hat der Unfleißige keine Excusation [a]. F) Ein gleiches Privilegium hatten bey den Römern gekrönte Athleten [b], Senatoren als berufene Vormünder eines Plebejers [c], und manche Zünfte [d]. Mit dem Object fallen aber jetzt alle diese Vorrechte weg. G) Sind drey, nicht in kurzer Zeit beendigte, und nicht ein einziges Vermögen begreifende [e] Tutelen in Einem Hause, welche auf Gefahr des Familien-Vaters administrirt werden [f], so braucht ein Mitglied dieser Familie keine neue zu übernehmen [g], wenn nicht jene gesucht oder unbedeutend sind [h]. Eine einzige höchst beschwerliche Vormundschaft kann aber auch für drey gezählt werden [i]. Gleichfalls excusirt ist H) jeder, welcher in Rom 3, in Italien 4, in den Provinzen 5 eheliche, lebende, oder im Kriege gebliebene Kinder gezeugt hat [k]; doch ist in Deutschland diese Verordnung schwer anzuwenden [l]. Ein gleiches Privilegium haben I) die, wenn man sie so nennen will, Erbpächter, nicht aber die Zeitpächter landesherrlicher Güter [m], so wie K) alle, welche Sachen des Fiscus, und besondere Angelegenheiten des Regenten administriren und besorgen [n], welches auf Geschäftsführer der Städte nicht zu erstrecken ist [o]. L) Jeder, welcher da, wo er zum Vormunde bestellt wird, seinen Wohnsitz nicht hat [p]. Auch kann man

[z] L. 41. §. 3. h. t. (27. 1.) Stryk l. c. §. 4.

[a] L. 11. §. 3. de muner. et honor. (50. 4.) L. 2. L. 8. C. de professor. (10. 52.) vergl. mit L. 6. §. 4. h. t. (27. 1.).

[b] L. 6. §. 13. h. t. (27. 1.) L. un. C. de athletis (10. 53.).

[c] L. 15. §. 2. 3. h. t. (27. 1.).

[d] L. 17. §. 2. 3. L. 26. L. 41. §. 3. L. ult. pr. §. 1. eod.

[e] L. 2. §. ult. L. 3. L. 17. pr. eod.

[f] L. 7. de tutel. (26. 1.) L. 21. de admin. tut. (26. 7.).

[g] L. 4. 5. h. t. (27. 1.). Huber Digr. L. 3. 6. 23.

[h] L. 15. §. 15. L. 31. eod.

[i] L. 31. §. ult. eod.

[k] L. 2. §. 2 – 8. L. 18. eod. pr. I. eod. (1. 25.).

[l] Höpfner Comm. §. 240.

[m] L. 8. C. h. t. (5. 62.) vergl. mit L. ult. C. qui tut. dar. poss. (5. 34.).

[n] §. 1. I. h. t. (1. 25.) L. 22. §. 1. h. t. (27. 1.) L. 10. C. eod. (5. 62.).

[o] L. ult. C. qui tut. dar. poss. (5. 34.).

[p] L. ult. §. 2. h. t. (27. 1.) L. 32. de test. tutel. (26. 2.).

M) die Administration der, in einer andern Provinz, oder über 100 Meilen von dem Ort, wo die Vormundschaft geführt wird, entlegenen Sachen ablehnen [q], so wie N) eine, blofs aus Hafs vom Testator angeordnete Tutel [r]. O) Soldaten, welche ehrenvoll entlassen wurden. Man unterscheide aber: a) geschah die Entlassung wegen Endigung der Capitulation, so sind sie auf immer entschuldigt; jedoch sind nach einem Jahr Cameraden-Kinder des ersten Grades ausgenommen [s]. b) Erfolgt die Entlassung aus andern Gründen, so haben sie von da an 1, 2, 3, 4 Jahre, oder auf immer eine Excusation, je nachdem sie über 5, 8, 12, 16 oder 20 Jahre dienten [t]. Auf Cameraden-Kinder erstreckt sich, das erste Jahr abgerechnet, das Vorrecht nicht [u]; doch brauchen Veteranen die Vormundschaft nur über Ein Cameraden-Kind zu übernehmen [x]. c) Entlassene Schaarwächter haben nur 1 Jahr eine Excusation [y]. Endlich hat P) der, zur Curatel eines Minderjährigen Gerufene, welcher vorher Tutor desselben gewesen war, eben dadurch einen Entschuldigungsgrund [z]. Uebrigens stehen diese Excusationen allen, selbst den gesetzlichen Vormündern zu [a]; sie fallen aber dagegen unbedingt weg, wenn der Berufene dem Vater des Kindes versprochen hat, sich seiner Excusation nicht zu bedienen [b], oder wenn er das, was ihm mit Rücksicht auf die Vormundschaft hinterlassen ist, angenommen hat [c].

§. 514.

Verfahren über die — Die Vorschützung und Ausführung der Excusation mufs bey dem competenten Magistrat

[q] L. 10. §. 4. L. 21. §. 2. 3. h. t. (27. 1.).

[r] §. 9. I. h. t. (1. 25.) L. 6. §. 17. eod. (27. 1.) L. 14. C. eod. (5. 62.).

[s] L. 8. pr. h. t. (27. 1.).

[t] L. 8. §. 2. 3. eod. L. 1. C. de exc. veter. (5. 65.) L. 3. C. de his qui non impl. stip. (10. 54.)

[u] arg. L. 8. pr. h. t. (27. 1.).

[x] L. 2. C. h. t. (5. 65.).

[y] L. 8. §. 4. h. t. (27. 1.).

[z] L. 18. I. h. t. (1. 25.) L. 20. C. eod. (5. 62.). Die Nichtanwendbarkeit dieser Bestimmung vertheidigt ohne Grund Höpfner Comm. §. 246.

[a] §. 16. I. l. c. L. 2. §. 5. L. 30. §. 2. h. t. (27. 1.) L. 1. 4. C. de legit. tutel. (5. 30.) L. 9. C. qui dar. tut. (5. 34.). Schulting ad Ulp. Fr. T. 11. §. 17. A. M. ist Cuiac in not. ibid.

[b] S. oben §. 507.

[c] L. 5. §. 2. de his quae ut indignis (34. 9.).

Excusation, und deren Wirkungen.

binnen einer gewissen Zeit [d], und zwar die Ausführung mündlich, wenn auch durch einen Procurator [e], unter Zuziehung der Verwandten des Pupillen und des Curanden selbst geschehen [f]. Wird die Excusation verworfen, so kann gegen das Decret appellirt werden [g]. Wird sie aber überall für unzulässig erklärt, so ist der Vormund für den, in der Zwischenzeit geschehenen Schaden verantwortlich [h]. Während des Verfahrens über die Excusation ist ein Curator zu bestellen [i]. Wird sie angenommen, so ist der Vormund frey; doch ist das Decret, sofern er es durch falsche Gründe erschlichen hat, null und nichtig, und aller Schaden geht auf seine Rechnung vom Augenblick der deferirten Vormundschaft [k]. Auch verliert der testamentarische Vormund, welcher sich excusirt, alles, was ihm freywillig mit Rücksicht darauf, dafs er die Vormundschaft übernehmen werde, im Testament hinterlassen ist [l], und eben diefs gilt von dem tutore confirmando [m].

§. 515.

II) Pflichten bey Uebernahme der Vormundschaft.

Kann ein Vormund sich der Vormundschaft nicht entziehen, so mufs er bey Uebernehmung derselben A) nach Vorschrift der Reichsgesetze [n], sofern er ein tutor administrans (§. 499.) ist oder seyn will [o], sich die Administration von der Obrigkeit gestatten lassen; doch ist er auch vorher, wo Gefahr beym Verzuge ist, einzu-

[d] L. 13. §. 1. 2. L. 16. L. 38. L. 39. L. 45. §. 1. h. t. (27. 1.).

[e] L. 71. de R. I. (50. 17.) vergl. mit L. 13. §. 10. h. t. (27. 1.). Donellus comm. L. 3. c. 9. Hahn ad Wesenb. L. 27. T. 1. in f. A. M. ist Lauterbach coll. L. 27. T. 1. §. 19.

[f] L. 1. C. si tut. vel cur. fals. alleg. (5. 63.).

[g] L. 4. pr. D. L. 6. L. 15. L. 18. C. h. t. (5. 62.) L. 20. de administr. tut. (26. 7.) L. 10. §. 4. L. 17. §. 1 de appell. (49. 1.).

[h] L. 15. C. h. t. (5. 62.) L. 20. L. 39. §. 6. de admin. tut. (26. 7.).

[i] L. 17. §. 1. de appell. (49. 5.).

[k] §. ult. I. de excus. (1. 25.) L. 1. 3. C. si tut. fals. alleg. (5. 63.). A. M. ist zum Theil Müller ad Leyser Obs. 608.

[l] L. 28. §. 1. L. 32. L. 34. L. 36. pr. h. t. (27. 1.). Voet eod. §. 6.

[m] L. 32. de excus. (27. 1.).

[n] Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 2.

[o] Lauterbach coll. L. 26. T. 7. §. 2. Stryk eod. T. §. 6. Müller ad Leyser Obs. 593.

treten verpflichtet [p]. Die testamentarische und gesetzliche Vorsmundschaft ist aber durch diese Vorschrift nicht aufgehoben [q]. Ferner müssen B) jetzt alle Vormünder über ihre Amtspflichten einen Eid leisten [r], und C) durch Bürgen wegen ihrer Verwaltung Sicherheit stellen, widrigenfalls sie von Amtswegen zu entfernen sind [s]. Bey den Römern waren testamentarische, und vom höheren Magistrat nach vorgängiger Untersuchung bestellte Vormünder von der letzten Pflicht befreyt [t]. Sodann mufs D) jeder Vormund über die, ihm anvertrauten Güter, um darüber gültige Verfügungen treffen zu können, ein öffentliches Inventarium sofort nach seiner Bestätigung errichten [u]. Versäumt er diefs, so kann in der Folge durch einen blofsen Eid des Klägers der Beweis gegen ihn geführt werden [x]; auch trifft ihn die Strafe der Entsetzung und Infamie [y]. Nur dann wird die Errichtung eines öffentlichen Inventars nicht von ihm verlangt, oder die Nichterrichtung verziehen, wenn er es nicht aufnehmen konnte, also wenn der Mündel durchaus nichts hat, oder der Vormund durch Krankheit gehindert ward [z], oder wenn der Vater des Mündels im Testament die öffentliche Inventirung verboten hat [a]. Das letzte entbindet jedoch den Vormund nicht von der Verpflichtung, ordentlich hauszuhalten, und nachher Rechnung abzulegen [b]. Dafs der Mutter die Inventirung nachgelassen sey, wie manche [c] meynen, steht

[p] L. 7. pr. de admin. tut. (26. 7.).

[q] Stryk U. M. L. 26. T. 3. §. 5. Lauterbach coll. L. 26. T. 3 §. 7. T. 7. §. 3 – 8. Grass collat. iur. Rom. Sect. 1. §. 7.

[r] Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3.

[s] Pol. Ordn. a. a. O. vergl. mit L. 2. C. si tut. satis non ded. (5. 42.) Lauterbach l. c. §. 15. In Praxi hält man den Besitz unbeweglicher Güter für hinlänglich. Schilter Ex. 37. § 88.

[t] Tit. I. de satisdat. tutor. (1. 24.).

[u] L. 7. pr. de admin. tut. (26. 7.) L. 24. C. eod. (5. 37.).

[x] L. 7. pr. cit.

[y] L. ult. §. 1. C. arbitr. tut. (5. 51.).

[z] L. 7. pr. de admin. tut. (26. 7.). Viel zu weit gehen Mevius P. 4. Dec. 8. Leyser Sp. 33. m. 13.

[a] L. ult. §. 1. C. arbitr. tutel. (5. 51.) Vinnius quaest. sel. L. 2. c. 16. C. M. Daegener de inventar. confect. et ration. reddit. matri tutrici et heredi remissa invalida. Lips. 1724.

[b] L. 5. §. 7. h. t. (26. 7.). S. F. Rappold aneglosticum occas. L. 5. §. 7. cit. Alt. 1685.

[c] Hellfeld iur. for. §. 1331.

nirgend [d]. Endlich sind E) mehrere, zugleich zur Administration gerufene Vormünder verpflichtet, dafür zu sorgen, dafs Einer aus ihrer Mitte allein die Verwaltung übernehme; doch ist diese Pflicht nicht unbedingt. Es kann nämlich a) die Majorität der Vormünder Einem allein die Verwaltung übertragen. b) Kann, wenn mehrere Vormünder concurriren, welche nach Römischem Recht keine Satisdation zu leisten brauchen, der eine durch Bestellung der Sicherheit die andern nicht cavirenden ausschliefsen, eine Vorschrift, welche jetzt, da alle Vormünder caviren müssen, nur dann anwendbar ist, wenn einem die Cautions-Leistung unmöglich seyn sollte. c) Kann der Richter die Vormünder zur Uebertragung ihrer gesammten Rechte an einen Mitvormund zu bewegen suchen. Ist der Vereinigungsversuch fruchtlos, so müssen denn freilich alle zur Verwaltung gelassen werden [e].

§. 516.

III) Rechtsverhältnisse nach der Uebernahme.

Nach übernommener Vormundschaft entspringen aus der Uebernahme und Verwaltung derselben doppelte Rechtsverhältnisse, theils in Rücksicht des Vormundes im Verhältnifs zu dem Untergebenen und dessen Vermögen, theils mit Rücksicht beider im Verhältnifs zu einem Dritten. Um die Darstellung zu vereinfachen, kann hier die Tutel und Curatel der Minderjährigen mit einander verbunden werden. Denn das Princip der Römer, dafs der Tutor der Person und den Sachen des Pupillen, der Curator des Minderjährigen hingegen blofs den Sachen desselben vorgesetzt sey [f], ist durch die Reichsgesetze dahin aufgehoben, dafs jedem Vormunde eines Minderjährigen die Person und die Sachen desselben unterworfen seyn sollen [g]. Nur insofern ist der Unmündige

[d] Struv Ex. 31. §. 36.

[e] Vergl. überh. §. 1. I. de satisd. tut. (1. 24.) L. 17. L. 19. §. 1. de test. tut. (26 2.) L. 3. §. 6—9. de administr. tut. (26. 7.) L. 14. §. 1. de solut. (46. 3.).

[f] L. 1. pr. §. 1. de tutel. (26. 1.) pr. I. de curat. (1. 23.).

[g] Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3. C. G. Gaertner D. iure germ. inter impub. et minores, tutores et curatores non distingui. Lips. 1732. G. Beyer de hodiern. tut. et cur. differ. Lips. 1703. G. A. Jenichen de necessario tutor. in sponsal. minor. consensu. Lips. 1730. I. F. Meyer comment. de eo quod interest inter tutel. et cur. aetat. Goett. 1792. (auch deutsch, Frkf. a. M. 1803.) §. 37. fgg. A.

noch jetzt von dem Mündigen zu unterscheiden, als das Römische Recht den letzten, ungeachtet er in Betreff seiner Güter unter Curatoren steht, dennoch, wie bey dem Recht zu testiren, in Rücksicht dieser Güter für unabhängig erklärt, oder den Curator, wie bey Ertheilung seiner Zustimmung, selbst da, wo er handeln mufs, nicht ganz dem Tutor gleichsetzt. Denn diese Besonderheiten stehen mit der Vorschrift, dafs der Curator auch der Person vorstehe, nicht in Widerstreit.

§. 517.

1) Pflichten des administrirenden Vormundes Minderjähriger gegen den Mündel.

Man mufs zuvörderst die Pflichten des administrirenden Vormundes von denen des honorarii unterscheiden. In Rücksicht der ersten ist es Hauptgrundsatz, dafs der Vormund sich jedes geringsten Versehens enthalten, und den positiven Fleifs, welchen er auf seine eignen Sachen wendet, den Sachen des Mündels widmen mufs [h]. Nur die Erben des Vormundes brauchen, wenn nicht die Sache schon bey dem Leben desselben anhängig gemacht war, blofs die culpa lata ihres Erblassers zu verantworten, sofern sie nicht durch geringere Versehen desselben bereichert sind [i]. Die Amtsverrichtungen des Vormundes [k] sind jedoch nicht unbedingt dem Ermessen desselben überlassen, sondern in einigen Fällen ist noch die Zustimmung der Obrigkeit erfoderlich.

§. 518.

A) Ohne Concur-

Ohne Concurrenz der Obrigkeit kann und mufs der Vormund A) die Person seines Mün-

M. ist mit vielen Höpfner Comm. §. 230. u. Weber das. not. 5. I. C. Brandenburg comm. exponens different. iur. R. inter tutor. et curat., nec non principia de applicat. earum hodierna. Hanov. 1793.

[h] L. 33. pr. de admin. tut. (26. 7.) L. 1. pr. de tutel. et rat. distr. (27. 3.) L. 7. C. arbitr. tutel. (5. 51.) Donell comment. L. 15. c. 20. A. M. ist Franzke Ex. 3. qu. 9.

[i] L. 1. C. de hered. tutor. (5. 54.). Hotomann L. 12. Obs. 22. A. M. sind Cuiac L. 13. Obs. c. 39. Wehrn de dolo, culpa etc. §. 40. et ibi citat. C. Thomasius de culpa ab hered. tutor. praestanda. Hal. 1701. Kern de obligat. tut. defuncti ex persona heredis haud minuta. Goett. 1782.

[k] S. überh. Claproth Unterricht für Vormünder. Leipz. 1773.

dels auf jede Art vertheidigen [l]; doch trägt er alle, aus einem leichtsinnig angefangenen Proceſs entspringenden nachtheiligen Folgen [m]. B) Muſs er das Vermögen des Pupillen als ein guter Hausvater zu erhalten suchen, also das Nöthige auf die Erhaltung der Sachen verwenden [n], sie wohl verwahren [o], und die ausstehenden Activa des Mündels, sofern Gewinn dabey zu hoffen ist, eintreiben [p], wobey er gegen sich selbst, wenn er Schuldner ist, wie gegen einen Dritten verfahren muſs [q]. Gehen die Capitalien durch seine Saumseligkeit verloren, so haftet er dafür [r]; doch wird in Rücksicht der, von dem Vorgänger im Amt, oder von dem Vater des Mündels ausgeliehenen Gelder, wenn er nicht das Anlehn billigte (welches dann den Vorgänger ganz auſser Verantwortung stellt), nicht mit voller Strenge gegen ihn verfahren [s]. Von den, nicht eingehobenen Zinsen muſs der Vormund zur Strafe wieder Zinsen geben [t], sogar dann, wenn er selbst als Schuldner im Rückstand blieb [u]. Auch ist er schuldig, alle, dem Verderben ausgesetzten Sachen zeitig zu veräuſsern [x]. Ferner muſs er C) das Vermögen des Pupillen zu vermehren suchen, und zu dem Ende die Capitalien desselben, wenn es möglich ist, welches man vermuthet, sofern er seine eignen Gelder angebracht hat [y], sicher, d. h. gegen Bürgen oder Pfänder, auf Zinsen ausleihen [z], zwar nicht unbedingt nach Justinians Vorschrift [a], aber wohl nach der heutigen Praxis [b],

rens des Richters.

[l] L. 14. de test. tut. (26. 2.) L. 30. h. t. (26. 7.). I. G. Schlosser de offic. tutor. circa lites pupillor. Alt. 1762.

[m] L. 9. §. 6. eod. L. 6. C. eod. (5. 37.). Leyser Sp. 333. m. 11. Müller Obs. 601.

[n] L. 22. C. eod.

[o] L. 24. C. eod.

[p] L. 15. L. 46. §. ult. h. t. (26. 7.). Leyser Sp. 333. m. 10. P. Müller de pecunia pupillari. Ien. 1678.

[q] L. 9. §. 1. 2. 3. eod.

[r] L. 15. L. 39. pr. L. 43. pr. L. 47. §. 5. L. 50. eod.

[s] L. 35. L. 44. pr. eod. L. 19. de tutel. et rat. distr. (27. 3.) L. 2. C. arbitr. tut. (5. 51.).

[t] L. 7. §. 3. L. 10. L. 15. L. 58. §. 1. h. t. (26. 7.).

[u] L. Menken de tutore ad usur. usurar. obligat. §. 3. fgg. A. M. sind Meditationen über versch. Rechtsmat. 1. B. n. 31.

[x] L. 7. §. 1. eod. L. 22. C. eod. (5. 37.).

[y] L. 13. §. 1. D. eod.

[z] Novell. 72. c. 6. Püttmann miscell. Sp. 1. c. 3. Müller ad Leyser Obs. 599.

[a] Nov. 72. c. 6.

[b] Carpzov P. 2. C. 11. Def. 22. 23.

oder die Gelder zum Ankauf unbeweglicher Güter verwenden [c]. Versäumt er diefs, so mufs er im ersten Jahr der Verwaltung vom Augenblick der Einhebung der Gelder nach 6, in den folgenden Jahren nach 2 Monaten zur Strafe landesübliche Zinsen geben [d]. Auch sich selbst kann er, wenn es öffentlich und ohne Gefährde geschieht, ein Capital als verzinslich zuschreiben [e]. Verwendet er es aber heimlich zu seinem Nutzen, so mufs er 12 p. c. Zinsen erlegen [f]. Einen, vom Vater des Mündels ererbten Handel kann er, besonders wenn es im Testament befohlen ist, fortsetzen [g]; nur darf das Geschäft nicht mifslich seyn [h]. Er ist ferner D) verpflichtet, die Zwangsverbindlichkeiten seines Mündels zu erfüllen [i], nicht aber dessen Gewissenspflichten [k]. Er darf daher auch keine Geschenke machen, ausgenommen, wo Anstand und Schicklichkeit dergleichen erfodern [l]. Hat er selbst etwas als Gläubiger zu fodern, so kann er gegen sich, wie gegen einen Dritten handeln [m]. Wegen aller dieser Puncte mufs er E) nach heutigem Recht dem, ihn bestätigenden Magistrat jährlich Rechnung ablegen [n].

§. 519.

Fort-setzung.

Endlich mufs F) der Vormund in den Fällen, da der Mündel durch eine Willenshandlung direct, oder indirect verpflichtet werden soll [o], durch sein Vollwort (auctoritas) dem Geschäft Gültigkeit verschaffen. Aus wichtigen Gründen kann er es verweigern. Hat er keine solche, so wird er freilich nicht dazu gezwungen; doch ist er wegen der, daraus folgenden Nachtheile verantwortlich, auch kann der Magistrat seine Zustimmung ergänzen [p]. Aufserdem mufs noch folgendes hiebey beobachtet werden.

[c] L. 7. §. 5. h. t. (26. 7.).

[d] L. 7. §. 11. L. 15. eod. L. 24. C. eod. (5. 37.).

[e] L. 54. D. eod.

[f] S. oben §. 281.

[g] L. 58. pr. eod.

[h] L. 5. §. 9. eod. Pufendorf T. 3. Obs. 11.

[i] L. 15. §. 2. eod. L. 25. C. eod. (5. 37.).

[k] L. 12. §. 3. eod.

[l] L. 12. §. 3. L. 22. eod.

[m] L. 9. §. 5. 7. eod. Lauterbach coll. L. 26. T. 7. §. 28.

[n] R. A. v. 1548. Tit. 31. §. 3.

[o] pr. I. de auct. tut. (1. 21.) L. 9. pr. h. t. (26. 8.).

[p] L. 17. eod. L. 1. §. 5. quod falso tut. (27. 6.).

A) Ein Vormund kann durch sein Vollwort kein Geschäft gültig machen, welches durch testamentarische oder richterliche Verfügung einem Mitvormunde übergeben ist [q]. Führen mehrere ungetheilt, oder vermöge eines bloſsen Vertrags getheilt die Vormundschaft, so ist schon das Vollwort eines einzelnen hinreichend, ausgenommen, wenn durch das Geschäft (z. B. Arrogation) die ganze Vormundschaft aufgehoben werden soll [r]. B) Der Vormund kann, wenn von seinem, oder seiner Familienglieder Vortheil die Rede ist, kein Geschäft unter seiner Auctorität mit dem Mündel schlieſsen [s], ausgenommen, wenn es auf einer öffentlichen Versteigerung ohne Gefährde geschieht [t]. Sonst muſs ein Mitvormund, oder besonders bestellter Curator einwilligen [u]. C) So lange der Mündel ein Kind ist, handelt der Vormund allein [x]. Nachher kann er ihn, wenn er will, zuziehen [y]; doch muſs er dieſs thun, wo besondre Feierlichkeiten die Gegenwart des Mündels erfodern [z]. D) Der Tutor muſs sein Vollwort frey und überlegt, und, wenn der Mündel selbst mithandelt, weil er dann ganz dessen Stelle vertrit, sofort, unbedingt, und, wenn der Pupill mit einem Gegenwärtigen contrahirt, mündlich ertheilen [a]. Die Einwilligung des Curators (consensus) ist nirgend an diese Requisite gebunden. Sie analogisch darauf anzuwenden, ist aber gewagt, da das Vollwort des Tutors ausgemacht von der bloſsen Zustimmung verschieden ist, und selbst von den Römern als ein eigenthümliches Geschäft behandelt wurde [b]. Man kann daher von dem

[q] L. 4. h. t. (26. 8.) L. ult. C. de auctoritat. praestanda (5. 59.).

[r] L. ult. C. cit. L. 14. §. 1. de solut. (46. 3.) L. 49. de acquir. vel omit. her. (29. 2.).

[s] L. 5. §. 2. 6. L. 7. §. 2. h. t. (26. 8.) L. 46. de contr. emt. (18. 1.) L. 5. C. eod. (4. 38.).

[t] L. 5. §. 4. 5. h. t. (26. 7.) L. 2. §. 8. pro emt. (41. 4.).

[u] §. ult. I. h. t. (1. 21.) L. 3. §. 2. de tutel. (26. 1.) L. 5. §. 2. h. t. (26. 8.) Nov. 72. c. 2.

[x] L. 1. §. 2. de adm. tut. (26. 7.).

[y] L. 5. de R. I. (50. 17.).

[z] L. 9. de acq. her. (29. 2.) L. 5. C. de iure delib. (6. 30.).

[a] L. 1. §. 1. L. 2. L. 8. L. 9. §. 5. L. 14. h. t. (26. 8.). Bardili de auctor. tutor. P. G. v. d. Poll de auctor. tut. Lugd. B. 1708.

[b] L. 17. §. 1. de appell. (49. 1.). Weber in d. Not. zu Höpfner §. 207. not. 3. §. 227. Vergl. auch Cuiac Obs. L. 15. c. 16. Meyer Diss. cit. cap. 2. §. 3. Für den Schluſs von der auctoritas auf den consensus ist Faber semestr. L. 2. c. 24.

Curator nichts weiter fodern, als was aus dem Begriff der Zustimmung folgt, welche denn die Zulässigkeit einer Erklärung unter Abwesenden und nach einer Zeit nicht ausschliefst. Alles, was die Gesetze über die auctoritas vorschreiben, mufs aber eben deswegen als durchaus practisch angesehen werden [c]. Uebrigens hat der Vormund für seine eignen Angelegenheiten durchaus keinen Nachtheil von der Billigung eines Geschäfts des Mündels [d].

§. 520.

B) Mit dessen Concurrenz. a) Erziehung des Mündels.

Die Concurrenz des Magistrats kann und mufs stattfinden: I) wenn Bestimmungen über die Erziehung und Ernährung des Mündels gemacht werden sollen. Ist 1) in Betreff der Erziehung im Testament des Vaters bestimmt, bey wem der Mündel erzogen werden soll, so bleibt es dabey, wenn der Richter die Person nicht untauglich findet [e]. Sonst aber wählt der Richter zum Erzieher, wen er will; doch mufs er zunächst der Mutter und Grofsmutter das Kind anvertrauen, falls sie nicht unfähig, oder zur zweyten Ehe geschritten sind [f]; wiewohl man jetzt den letzten Umstand nicht mehr in Betracht zu ziehen pflegt [g]. Bey der Wahl der übrigen Verwandten mufs der Richter besonders vorsichtig seyn [h], und natürlich eben so, wenn der Erzieher nicht der Religion des Mündels zugethan ist [i]. Wer vom Testator oder Richter zum Erzieher gewählt ist, wird in der Regel nicht gezwungen, es sey denn, dafs er ein Freygelafsner, Blutsfreund oder Schwager wäre [k]. Die Weigerung zieht aber den Verlust dessen, was im Testament mit Rücksicht auf die Uebernahme der Erziehung hinterlassen ist, nach sich [l]. 2) Ist das Maafs der Alimente nicht durch den Vater bestimmt, worauf

[c] Lauterbach coll. L. 26. T. 8. §. 8. A. M. sind viele mit Struv Ex. 31. §. 42. Die Reichsgesetze haben auch darin nichts geändert.

[d] L. 26. C. de administr. tutor. (5. 37.).

[e] L. 1. §. 1. h. t. (27. 2.).

[f] L. 5. eod. L. 1. C. h. t. (5. 49.) Nov. 22. c. 18.

[g] Stryk L. 27. T. 2. §. 2. Voet eod. §. 1. O. L. v. Eichmann Samml. kleiner Abhandl. S. 202. fgg.

[h] L. 2. C. h. t. (5. 49.).

[i] Schilter Ex. 37. §. 163.

[k] L. 1. §. 2. h. t. (27. 2.) L. 1. C. eod. (5. 49.).

[l] L. 1. §. 3. D. eod.

zunächst, jedoch nur, wenn der Mündel dadurch nicht leidet, gesehen wird [m], so trifft der Richter darüber die gehörige Verfügung, oder der Vormund allein, wenn das Interesse des Pupillen bey Offenbarung des Vermögens desselben leiden sollte [n]; auch kann der Vormund von einer, aus Irrthum unweise getroffenen obrigkeitlichen Verfügung abgehen [o]. Alles, was eine zweckmäſsige, anständige Erziehung erfodert, muſs dem Mündel ausgesetzt werden [p], selbst dann, wenn auch das Vermögen desselben ganz dabey aufgehen sollte [q]. Immer ist jedoch zunächst dahin zu sehen, daſs nicht bloſs die Substanz erhalten, sondern auch von den Renten jährlich etwas zurückgelegt werde [r]. Verweigert der Vormund die Alimente, und verbirgt er sich, so wird der Mündel in dessen Güter eingewiesen; auch folgt die Strafe der Entsetzung [s], welche letzte, verbunden mit andern Strafen, auch dann verhängt wird, wenn der Vormund den Mündel wegen einer erlogenen Armuth nicht ernähren will [t].

§. 521.

b) Veräuſserung der Mündelgüter.

Eben so ist II) der Vormund in der Regel bey Veräuſserung der Güter des Mündels an die Zustimmung der competenten Obrigkeit gebunden, d. h. des Richters, welcher ihn bestellt hat, nicht aber des Richters, in dessen Gerichtsbezirk die Sachen liegen, sofern nicht der Vormund von diesem Richter die Administration dieser Sachen durch eine Theilung der Vormundschaft sollte erhalten haben [u]. Ehemals konnte der Vormund alle Sachen allein veräuſsern [x]; seit Sever nicht ohne Decret die praedia rustica und suburbana [y]. Nach Constan-

[m] L. 2. §. 2. 3. L. 3. §. ult. eod.

[n] L. 2. §. 3. L. 3. §. 5. L. 4. eod. L. 2. C. de alim. praest. (5. 50.).

[o] L. 2. §. 1. 2. D. eod.

[p] L. 3. L. 4. eod. L. 12. §. 3. de admin. tut. (26. 7.).

[q] L. 3. pr. §. 1. de contr. tut. act. (27. 4.).

[r] L. 3. §. 1. h. t. (27. 2.).

[s] L. 3. §. 14. L. 7. §. 2. 3. de suspect. tut. (26. 10.).

[t] L. 3. §. 15. eod. §. 10. I. de suspect. tutor. (1. 26.).

[u] L. 5. §. 12. de reb. eor. (27. 9.) L. 27. pr. de tutor. et curator. (26. 5.) L. 21. §. 2. de excusat. (27. 1.). Voet L. 27. T. 9. §. 5.

[x] L. 8. §. 1. h. t. (27. 9.) L. 22. C. de admin. tutor. (5. 37.).

[y] L. 1. §. 2. D. eod. C. G. Haubold hist. iur. civ. R. de reb. eor. qui sub tutela vel cura sunt sine decret. non alienandis. Spec. 1. Lips. 1798.

tins und Justinians Vorschriften und den Reichsgesetzen darf er in der Regel ohne Decret nichts veräufsern, es sey denn, dafs die Sache durch Aufbewahren verderben würde [z]. Der Begriff der verderbbaren Sachen ist offenbar sehr schwankend [a]. Die Praxis gestattet häufig dem Vormund die einseitige Veräufserung aller beweglichen Sachen [b].

§. 522.

Was ist hier Veräufserung?

Der Begriff der Veräufserung wird hier im weitesten Sinn genommen, und befafst alles, wodurch der Vormund den Rechten seines Mündels etwas vergibt [c], selbst die Entsagung eines, ipso iure angefallenen Gewinns [d], die Erwerbung einer Sache unter dem pacto reservatae hypothecae [e], und die Annahme einer Zahlung vom Schuldner des Mündels. Denn bezahlt ein Schuldner des Mündels dem Vormunde ohne ein Decret des Magistrats (geringe, zwey Jahre rückständige Zinsen und Gefälle ausgenommen): so mufs er, wenn das Geld verschleudert oder zufällig verloren wird, nochmals bezahlen [f]. Nur die Klugheit, aber nicht die practische Anwendbarkeit der letzten Bestimmung läfst sich bestreiten [g].

[z] L. 22. L. ult. C. de admin. tut. (5. 37.) L. ult. C. quando decret. op. non sit. (5. 72.). Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3. A. L. C. Schmidt de causs. ex quib. permissa est rerum quae minorum sunt alienatio. Ien. 1765.

[a] Montanus de iure tut. c. 33. n. 166. Leyser Sp. 344. cor. 3. Wernher lect. comm. L. 26. Tit. 7. §. 19.

[b] Claproth iurispr. heurem. p. 158. not. i.

[c] L. 1. §. 2. L. 3. §. 4. 5. 6. L. 4. L. 5. pr. §. 1. 2. L. 13. h. t. (27. 9.) L. 22. C. de admin. tut. (5. 37.) L. 13. 15. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.).

[d] L. 5. §. 8. h. t. (27. 9.) Voet eod. §. 3. Viele sagen unbedingt mit Boehmer ius. D. eod. §. 1. jede Ausschlagung eines Gewinnes sey Alienation.

[e] L. 1. §. ult. L. 2. in fin. eod. vergl. mit Meier Colleg. Argent. eod. §. 8.

[f] §. 2. I. quib. alien. lic. vel non (2. 8.) L. 25. 27. C. de admin. tut. (5. 37.). Born de solut. pupill. ac minor. et ab iis tuto facienda. (in Collect. Diss. n. 2.) A. M. ist I. I. Prehn Beantw. d. Fr.: kann ein Schuldner Pupillen- und Kinder-Gelder mit völliger Sicherheit ohne Decret an den Vormund und Vater zahlen? Rostock 1800. Ueber das zufällige Verlieren ist a. M. Struben 3. B. 26. Bed. aber wider §. 2. I. cit.

[g] I. H. Balcke de solut. pecun. pupillar. Rost. 1756. §. 23. A. M. ist Lupin de debitore pecun. pupillar. tuto solvente. §. 8. fgg.

§. 523.

Verfahren des Richters.

Da, wo ein Decret der Obrigkeit erfoderlich ist, hat diese folgendes zu beobachten: 1) Sie muſs eine förmliche Untersuchung darüber anstellen, ob die Veräuſserung wirklich nothwendig sey, welches nur eintreten kann, wenn Zwangspflichten des Mündels zu erfüllen, oder eigne Bedürfnisse desselben zu befriedigen, und Sachen desselben zu erhalten sind [*h*]. Des Nutzens wegen kann die Veräuſserung nicht gestattet werden [*i*]. Zugleich muſs zur Veräuſserung die entbehrlichste Sache, und die Art der Veräuſserung gewählt werden, welche die Rechte des Mündels am wenigsten sofort aufhebt [*k*]. Hierauf ist 2) ein ordentliches Veräuſserungs-Decret abzugeben, welches auch ratihabirend seine Kraft äuſsert [*l*]. Daſs aber 3) die Veräuſserung mittelst öffentlicher Versteigerung geschehe, ist eine zwar gemeine [*m*], aber irrige Behauptung, welche weder durch Vernunft, noch Gesetze unterstützt wird [*n*]. Nach der Veräuſserung muſs die Obrigkeit dann weiter Sorge tragen, daſs das Eingenommene zu seinem Zweck verwandt werde [*o*].

§. 524.

Ausnahmen, da der Vormund allein verfährt.

In einigen Fällen bedarf es jedoch bey der Veräuſserung aufbehaltbarer Sachen nicht der Concurrenz des Magistrats. Nämlich 1) ein Dritter kann nicht bloſs dann, wenn es der Magistrat gestattet, sondern auch dann die Sache des Mündels veräuſsern, wenn er das Recht dazu von einem Vorgänger des Mündels erworben hat [*p*]. 2) Der Vormund ist dazu befugt, A) wenn

[*h*] L. 1. §. 2. L. 5. §. 9. L. 10. L. 11. h. t. (27. 9.) L. 61. §. 1. de iure dot. (23. 3.) L. 6. L. 12. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.).

[*i*] L. 5. §. 14. L. 13. h. t. (27. 9.) L. 12. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.). Leyser Sp. 344. m. 2. Struben 2. B. 54. Bed. A. M. ist Voet L. 27. T. 9. §. 8. Müller ad Leyser Obs. 614.

[*k*] L. 5. §. 9—13. L. 7. §. 3. 4. h. t. (27. 9.).

[*l*] L. 6. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.). Hellfeld iur. for. §. 1386.

[*m*] Stryk L. 27. T. 9. §. 6. Carpzov L. 3. Resp. 72.

[*n*] Cocceii I. C. eod. qu. 4. Leyser Sp. 344. m. 4. Müller Obs. 615. Schmidt Diss. cit. §. 19.

[*o*] L. 5. §. 13. eod.

[*p*] L. 1. §. 2. in f. L. 7. §. 1. h. t. (27. 9.).

der Vater des Mündels, oder der Regent, es gestattet hat, gesetzt, das Testament des Vaters sollte auch irritum geworden seyn [q]. B) Wenn eine Rechtsnothwendigkeit vorhanden ist, grade diese Sache zu veräufsern [r]. C) Wenn er Gelder zahlt, ausleiht, oder zur Anschaffung andrer Sachen verwendet [s]. D) Wenn er gerichtliche Cautionen durch Pfänder für den Mündel zu bestellen hat [t]. E) Wenn er eine, demselben verpfändete Sache veräufsert [u], oder F) dessen Sache einem Gläubiger verpfändet, welcher Geld hergegeben hat, womit ein andrer Pfandgläubiger abgefunden ist [x]. G) Wenn ein Mündel dem andern Geld zur Anschaffung einer Sache leihet, und sich daran ein Pfandrecht bedingt [y]. Endlich H) wenn der, welcher gültig die Sache des Mündels erstanden hat, seine Schuldigkeit nicht leistet, in welchem Fall der Vormund an dessen Stelle treten kann [z].

§. 525.

Folgen verbotener Veräufserungen.

Veräufsert der Vormund in den Fällen, da ihm eine einseitige Veräufserung erlaubt ist, auf eine an sich unerlaubte Weise, nämlich umsonst [a]; veräufsert er in den übrigen Fällen ohne ein Decret, oder ohne eine, diesem vorhergehende Untersuchung, ohne ohne dafs ein Grund zur Abgebung des Decrets vorhanden war [b]; überschreitet er ferner die Grenzen des Decrets [c], oder ist endlich dasselbe erschlichen [d]: so ist in allen Fällen, jedoch nur zum Vortheil des Mündels [e], die Veräufserung nichtig, der Mündel behält seine Rechte und Kla-

[q] L. 1. §. 2. L. ult. eod. L. 2. C. quando decreto non opus (5. 72.).

[r] L. 1. §. 2. L. 5. §. 4. 7. h. t. (27. 9.) L. 2. L. 15. L. 17. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.) L. 1. C. quando decreto non opus (5. 72.).

[s] L. 23. 24. C. de admin. tut. (5. 37.).

[t] L. ult. §. 5. C. de admin. tut. (5. 37.).

[u] L. 5. §. 3. h. t. (27. 9.).

[x] L. 7. §. 5. eod.

[y] L. 3. pr. eod.

[z] L. 56. de admin. tut. (26. 7.).

[a] S. oben §. 518.

[b] L. 12. de curat. furios. (27. 10.) L. ult. C. si maior. fact. alien. fact. sine decr. (5. 74.). Leyser Sp. 544. m. 4. Voet l. c. §. 9.

[c] L. 7. §. 3. h. t. (27. 9.).

[d] L. 5. §. 15. eod. L. 5. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.).

[e] Lauterbach coll. L. 27. T. 9. §. 17.

gen [f], und kann die Sache von jedem Besitzer, welcher stets gegen den Mündel den Beweis der förmlich geschehenen Veräufserung zu führen hat [g], abfodern [h], auch seine widerrechtlich handelnden Vorsteher auf Entschädigung belangen [i]. Bey der Vindication seiner Sachen braucht der Mündel auch nur insofern, als er durch den Handel bereichert ist, den Beklagten zu entschädigen [k].

§. 526.

Gültigwerden derselben.

In einigen Fällen wird jedoch ausnahmsweise eine nichtige Veräufserung gültig, und zwar 1) wenn der Mündel als Mündiger durch einen körperlichen Eid das Geschäft bekräftigt [l], oder 2) dasselbe nachher als Volljähriger ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat [m], welches zuweilen aus dem blofsen Ablauf eines fünfjährigen Zeitraums geschlossen wird [n]. 3) Wenn der Vormund Erbe des Mündels, oder dieser Erbe jenes wird; jedoch hier nur nach Maafsgabe der Gröfse des Erbtheils des Erben [o].

§. 527.

2) Pflichten des Mündels gegen den Vormund.

Auch der Mündel hat gegen den Vormund Verpflichtungen, nämlich dahin, dafs er A) der Leitung des Vormundes in so weit folge, als er dessen Gewalt unterworfen ist; B) dafs er denselben wegen alles dessen, was er als Vormund nützlich [p], wenn auch nicht daurend [q],

[f] L. 46. §. ult. de admin. tut. (26. 7.).

[g] L. 13. §. ult. de publ. in rem act. (6. 2.). Voet l. c. §. 11. A. M. ist Boehmer l. c. §. 9.

[h] L. 5. §. 15. h. t. (27. 9.) L. 11. 15. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.).

[i] L. 5. §. 15. cit. L. 7. C. arbitr. tut. (5. 51.).

[k] L. 10. 16. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.).

[l] L. 1. C. si advers. vendit. (2. 28.) et Auth. Sacramenta puberum ibid. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 24. §. 23. Quistorp Beytr. 2. Aufl. n. 24.

[m] L. 1. 2. C. si maior. fact. ratih. (2. 46.). Leyser Sp. 345. m. 5.

[n] L. 3. C. si maior. fact. al. fact. sine decret. (5. 74.). Meine Schrift über Bes. u. Verj. 2. Thl. §. 55. Die weitere Ausführung unten in der Lehre von der Verjährung.

[o] Voet L. 27. T. 9. §. 14.

[p] L. 9. §. 6. de admin. tut. (26. 7.) L. 3. §. 8. de contr. tut. act. (27. 4.).

[q] L. 3. pr. §. 7. eod.

aufgewandt hat, entschädige [r]; also auch angeliehene Gelder nach landesüblichem Fuſs verzinse [s], und ihn von übernommenen Verbindlichkeiten befreye [t]; demnächst auch den zufälligen Schaden ersetze, welchen der Vormund bey Ausübung seines Amts, oder durch des Mündels Schuld erlitten hat [u]. Endlich C) daſs er dem Vormunde das Versprochene, oder demselben nach Gewohnheiten (§. 511.) gebührende Salair bezahle [x].

§. 528.

3) Verhältniſs zu Dritten. A) Des Vormunds.

Was das Verhältniſs des Vormunds und Mündels zu einem Dritten betrifft, so ist es zuvörderst in Rücksicht des Vormunds Regel, daſs er Namens des Mündels alle Rechte desselben gegen den Dritten ausüben [y], aber auch dagegen von dem Dritten auf Erfüllung der Zwangspflichten des Mündels belangt werden kann [z]; jedoch nur so lange, als die Vormundschaft dauert [a]. Denn nachher findet bloſs dann eine Klage wider ihn statt, wenn er in eigenem Namen gehandelt, oder sich selbst durch Arglist oder Versprechungen verpflichtet hat [b].

§. 529.

B) Des Mündels, a) aus Handlungen des Vormundes.

Der Mündel kann auf mancherley Art Rechte gegen einen Dritten erhalten, und demselben verpflichtet werden, theils durch die Handlungen des Vormunds, es sey nun allein, oder, nach dem Bisherigen, unter Mitwirkung der Obrigkeit, theils auf andre Art. Hat der Vormund allein ein Geschäft des Mündels besorgt, welches zu vermuthen ist, wenn es seiner Natur nach den letzten angeht [c], so erwirbt A) der Mündel insofern

[r] L. 1. pr. §. 4. 5. eod. L. 2. C. de alim. pupill. (5. 50.).

[s] L. 3. §. 1 — 6. D. eod.

[t] L. 3. §. 1. eod. §. 2. I. de obl. quae quas. ex cont. (3. 28.).

[u] L. 46. de O. et A. (44. 7.) Arg. L. 52. §. 4. pro soc. (17. 2.). Voet L. 27. T. 4. §. 4.

[x] L. 33. in f. de admin. tut. (26. 7.).

[y] L. 15. de admin. tut. (26. 7.).

[z] L. 1. §. 2. de tut. et rat. distr. (27. 3.).

[a] L. 5. pr. quando ex fact. tut. (26. 9.) L. 1. C. eod. (5. 39.).

[b] Arg. L. 67. de procur. (3. 3.) L. 3. §. 2. de admin. rer. ad civ. pert. (50. 8.) L. 5. pr. §. 1. h. t. (26. 9.) L. 15. C. de admin. tut. (5. 37.).

[c] Mascard de probat. Concl. 38. Carpzov P. 2. c. 11. D. 38.

Rechte daraus, dafs er, falls es Namens seiner geschlossen ist, den Dritten actione utili belangen kann [d]. Ist das Geschäft nicht namentlich für ihn geschlossen, so kann er es nach Willkühr als gültig anerkennen, und daraus klagen, oder seine Sachen vindiciren [e]. An den, einseitig mit seinem Gelde erkauften Sachen erlangt er ein (nur dem wahren Eigenthümer nicht nachtheiliges) Eigenthumsrecht [f], oder falls er davon keinen Gebrauch machen will, eine stillschweigende Hypothek [g]. Dagegen kann aber auch B) gegen den Mündel aus den, für ihn geschlossenen Geschäften actione utili geklagt werden [h]. Hat der Vormund arglistig gehandelt, und zwar bey einem, in eignem Namen geschlossenen Geschäft: so ist er allein in Anspruch zu nehmen [i]. Geschah es bey einem Geschäft des Mündels, so haftet dieser nur so weit, als er bereichert ist [k]. Im Uebrigen kann er sich durch Abtretung seiner Klagen wider den Vormund von den Entschädigungsfoderungen des Dritten ganz befreyen [l].

§. 530.

b) aus andern Gründen.

In Rücksicht der übrigen Arten, wie Rechte und Verbindlichkeiten des Minderjährigen wirklich werden können, mufs man nach Römischem Recht so unterscheiden: I) Der Minderjährige hat ein, ihm anzurechnendes Verbrechen begangen, oder es sind Thatumstände vorhanden, welche auch den Grofsjährigen ohne seine Einwilligung verpflichten würden (obligatio ex re): alsdann werden alle Mündel auch ohne Concurrenz des Vormundes verpflichtet [m]. Ist

[d] L. 2. L. 6. quando ex fact. tutor. (26. 9.) L. 2. L. 4. L. ult. C. eod. (5. 39.).

[e] L. 2. D. L. 2. C. eod.

[f] L. 2. D. eod. L. 3. C. arbitr. tut. (5. 51.) A. M. ist Westphal Pfandrecht §. 100. und Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. S. 364—373.

[g] L. 7. pr. qui pot. in pign. (20. 4.).

[h] L. 7. h. t. (26. 9.) L. 1. 3. C. eod. (5. 39.).

[i] L. 4. D. eod. vergl. mit L. 46. §. 4. de procurat. (3. 3.).

[k] L. 3. D. h. t. (26. 9.) L. 15. pr. de dolo mal. (4. 3.).

[l] L. ult. de admin. tut. (26. 7.). Ueber die Ideen andrer s. Leyser Sp. 335. m. 3. 4. Struv synt. L. 26. T. 9. §. 48. Wernher lect. comm. eod. §. 2. Müller ad Leyser Obs. 605.

[m] L. 13. §. 1. de dol. mal. (4. 3.) L. 46. de O. et A. (44. 7.) L. 23. de furt. (47. 1.) L. 111. pr. de R. I. (50. 17.). Weber über die nat. Verb. §. 71. Ueberh. J. V. Bechmann de obligat. impuberis. Ien. 1676.

aber II) von erlaubten Geschäften die Rede, welche Einwilligung voraussetzen, so hat entweder 1) die Zustimmung des Vormundes dabey stattgefunden: dann wird nach dem Bisherigen, wenn alle Formen beobachtet sind, der Mündel dem Dritten verpflichtet. 2) Der Mündel handelte einseitig. War er dann A) ein Kind, so ist das Geschäft von beiden Seiten null und nichtig [n]. Selbst die Besitzergreifung eines Kindes ex caussa donationis hat keine rechtliche Wirkung [o]. War der Mündel B) über die Jahre der Kindheit hinaus, aber doch a) unmündig, so kann er einseitig Rechte erwerben, nicht aber sich verpflichten, und das Geschäft gilt also nur zu seinem Vortheil [p]; doch kann bey von beiden Seiten lästigen Geschäften der andre Contrahent, welcher von dem Mündel belangt wird, die, ihm obliegende Leistung durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages von sich abwenden [q]. Die Frage: ob der Mündel nicht wenigstens natürlich verpflichtet werde? muſs man theils bejahen, theils verneinen [r]; jenes nämlich, sofern von dritten accessorisch verpflichteten, oder als Nachfolger an die Stelle des Mündels tretenden Personen; dieses, sofern vom Mündel selbst die Rede ist [s]. Hat der Mündel Sachen weggegeben, so kann sie der Vormund, wenn er ein rechtliches Interesse zur Zurückfoderung hat, im Fall der Consumtion durch Condictionen, sonst aber durch die gewöhnlichen dinglichen Klagen zurückfodern [t]. Ist endlich b) der Mündel mündig, so ist weiter zu unterscheiden: A) Er hat einen Curator. In diesem Fall ist er in Rücksicht des, dem Curator untergebenen Vermögens eben so beschränkt, wie der Pupill, im Uebrigen kann er sich ohne den

[n] §. 10. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 70. de V. O. (45. 1.) L. 26. C. de donat. (8. 54.).

[o] S. oben §. 300.

[p] L. 28. pr. de pact. (2. 14.) §. 9. 10. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 13. §. 29. de act. E. V. (19. 1.) L. 5. de R. I. (50. 17.).

[q] L. 34. §. 3. de contr. emt. (18. 1.). Voet L. 19. T. 1. §. ult. L. 26. T. 8. §. 3.

[r] §. 9. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 1. C. eod. (8. 39.) L. 41. de condict. indeb. (12. 6.) L. 21. pr. ad L. Falcid. (35. 2.) L. 59. de O. et A. (44. 7.) vergl. mit Weber a. a. O. Glücks Commentar §. 288.

[s] L. 64. pr. ad SCt. Trebell. (36. 1.) L. 127. de V. O. (45. 1.) L. 25. de fidejussor. (46. 1.) L. 95. §. 2. de solut. (46. 3.) L. 1. §. 1. L. 9. pr. de novat. (46. 2.).

[t] §. ult. I. quib. alien. lic. vel non (2. 8.) L. 19. §. 1. de R. C. (12. 1.) L. 9. §. 2. de auct. tut. (26. 8.) L. 14. §. ult. de solut. (46. 3.).

Curator verpflichten [u]. Steht er dagegen B) unter keinem Curator, so kann er sich in der Regel immer verpflichten, und bloſs die Veräuſserung unbeweglicher Güter ohne obrigkeitliche Zustimmung ist ihm versagt [x]. In allen Fällen aber, da der Mündel durch den Vormund, oder eigne Geschäfte verpflichtet ist, kann er, wenn er verletzt seyn sollte, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten [y].

§. 531.

Heutiges Recht.

Nach deutschem Recht hat sich hierin manches geändert. Denn 1) fällt die Unterscheidung zwischen Minderjährigen, welche unter Curatoren stehen, oder nicht, gänzlich weg, und auch der Minderjährige, welcher factisch ohne Curator lebt, ist eben so zu behandeln, wie der, welcher mit einem Curator versehen ist [z]. Hiernächst sind 2) durch die Reichsgesetze die Curanden den Pupillen ganz gleich gesetzt, und der Curande macht sich also eben so wenig ohne Curator verbindlich, als der Pupill ohne Zustimmung des Tutors [a].

§. 532.

4) Folgen der übrigen Arten der Curatel.

Was die übrigen, oben (§. 509.) genannten Arten der Curatel betrifft: so unterscheide man: 1) Der Rasende kann sich durch seinen Willen weder verpflichten, noch Rechte erwerben [b], und der Curator besorgt alles allein für denselben [c]. In Augenblicken der wiederkehrenden Vernunft kann er aber ohne seinen Curator vollgültig handeln [d]. 2) Was der gerichtlich erklärte Verschwender vor der richterlichen Erklärung gethan

[u] L. 20. de R. N. (23. 2.) L. 6. de V. O. (45. 1.) L. 3. C. de in int. rest. (2. 22.). Höpfner Comment. §. 737. not. 1.

[x] L. 3. C. cit. L. 16. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.).

[y] Ueber das Weitere s. unten die Lehre v. d. Wiedereins. in den v. Stand.

[z] Weber a. a. O. §. 73.

[a] Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3. und oben §. 516.

[b] §. 9. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 2. C. de contr. emt. (4. 38.) L. 40. de R. I. (50. 17.) L. 5. §. 2. ad L. Aquil. (9. 2.). Von den Verpflichtungen ex re gilt hier, und für die folgenden Fälle natürlich wieder das, in Betreff der Pupillen Gesagte.

[c] §. 3. I. de curat. (1. 23.) L. 7. pr. h. t. (27. 10.).

[d] L. 6. C. de curat. furios. (5. 70.) L. 9. C. qui test. fac. poss. (6. 22.) L. 2. C. de contr. emt. (4. 38.).

hat, ist gültig [e]; nachher ist er in Rücksicht der Art verbindlich zu werden, dem Rasenden völlig gleich [f], bis ihm ein Decret die Güterverwaltung wieder gestattet [g]. Daſs er aber der persönlichen Leitung des Curators wie ein Zögling unterworfen sey, läſst sich aus dem Zweck und Begriff dieser Curatel nicht ableiten; auch wird er nicht infam [h]. 3) Der Umfang der Curatel schwacher, unvermögender Personen hängt von den Umständen ab. Nur dieſs kann hier als Princip angegeben werden, daſs solche Personen in Rücksicht des Unvermögens, welches die Bestellung des Curators veranlaſste, nicht vollgültig ohne denselben handeln können [i]. 4) Der Curator absentis erhält, wie es gleichfalls in der Natur der Sache liegt, bloſs eine Real-Curatel über die zurückgelassenen Güter des Abwesenden, und weder über das übrige Vermögen, noch über die Person desselben. Auch wird das Dispositions-Recht des Abwesenden dadurch nicht aufgehoben. Kehrt derselbe zurück, so ist ihm sofort vom Curator alles herauszugeben; stirbt er aber als Abwesender ohne Testament: so fällt das Vermögen denen zu, welche im Augenblick des Todes desselben dessen nächste Intestat-Erben waren [k]. Die Praxis hat es eingeführt, daſs, wenn 70 Jahre vom Augenblick der Geburt eines Verschollenen verflossen sind, der Tod desselben juristisch präsumirt wird [l].

§. 533.

5) Pflichten des honorarii.

Der tutor oder curator honorarius ist zunächst nur zu einer Oberaufsicht, und dazu verpflichtet, daſs er den administrirenden, nachlässigen Vormund der Obrigkeit denunciire [m].

[e] Gail L. 2. Obs. 51. Cocceii L. 27. T. 10. qu. 2.

[f] Rechte kann er einseitig erwerben. L. 10. pr. h. t. (27. 10.) L. 6. de V. O. (45. 1.).

[g] Carpzov P. 3. c. 6. Def. 10.

[h] Hoppe v. jurist. Verschwendern S. 25. 67. 74 — 77.

[i] Arg. L. 6. C. de curat. furios. (5. 70.). Voet L. 27. T. 10. §. 13.

[k] Koch succ. ab intest. Auct. 1. Müller ad Leyser Obs. 240. Köchy Medit. 1. B. N. 23. A. M. sind Schilter Ex. 15. §. 77. Pufendorf T. 4. Obs. 84.

[l] Müller Obs. 141. Emminghaus ad Cocceii L. 5. T. 3. qu. 21.

[m] L. 46. §. 6. de admin. tut. (26. 7.) L. 1. §. 15. de tutel. et rat. distr. (27. 3.). W. A. Lauterbach Diss. de tutore ho-

Mit der Administration darf er sich im Ganzen nicht befassen [n]; doch ist ein, unter seiner Zustimmung vom Mündel geschlossenes Geschäft gültig [o]; auch kann ihm, eben so gültig, wie dem administrirenden Vormunde, Zahlung geleistet werden; nur muſs sowohl in diesem, als jenem Fall kein testamentarisches oder richterliches Verbot die Administration verbieten [p]; auch muſs er jetzt bestätigt seyn [q].

§. 534.

6) Ueber Protutoren.

Es kann der Fall eintreten, daſs Jemand, welcher nicht wirklich Vormund ist (wohin auch der Fall gehört, wenn ein wahrer Vormund überhaupt, oder in gewisser Rücksicht nicht administriren kann), aus Irrthum oder wissentlich, in bösem oder gutem Glauben, die vormundschaftlichen Geschäfte versieht. Ein solcher heiſst falsus tutor, oder auch protutor [r]. Es entspringen aus einer solchen Anmaſsung folgende Rechtsverhältnisse: 1) In Rücksicht des Mündels ist der Protutor zu eben dem Fleiſs, also auch zur Inventirung [s], verpflichtet, wie der wahre Vormund, und haftet nicht bloſs, wo er positiv gefehlt, sondern auch dann, wenn er etwas positives unterlassen hat, was er als zusammenhängend hätte mit besorgen sollen [t]. Umgekehrt ist der Mündel verpflichtet, den Protutor, wie den wahren Vormund zu entschädigen [u]; doch kann sofort auf Entfernung des, in dieser Eigenschaft entdeckten Protutors gedrungen wer-

norario. Willenberg de honorario et notitiae caussa dat. tut. Gedan. 1721. (Exerc. P. 2. n. 11.).

[n] L. 3. §. 1. de admin. tut. (26. 7.). Walch contr. p. 102.

[o] L. 49. de acquir. vel om. her. (29. 2.).

[p] L. 14. §. 1. de solut. (46. 3.). L. 4. de auct. tut. (26. 8.). Lauterbach coll. L. 26. T. 7. §. 2.

[q] S. oben §. 515.

[r] L. 1. pr. de eo qui pro tut. (27. 5.) L. 1. §. 2. quod falso tut. (27. 6.). Grass delibat. ex mater. iur. protutor. Tub. 1703. Die gewöhnliche Unterscheidung zwischen einem protutor und falsus tutor, welche man bey Lauterbach, Böhmer, Hellfeld u. a. findet, ist ganz falsch. L. 1. §. 1. de eo qui pro tutore (27. 5.) L. 1. §. 1. quod falso tut. auct. (27. 6.). Die richtige Ansicht der ganzen Sache hat Voet L. 27. T. 5. 6.

[s] Brunnemann ad L. 4. de eo qui pro tut. Richter Dec. 230.

[t] L. 1. §. 9. L. 4. de eo qui pro tut. (27. 5.).

[u] L. 1. §. 8. L. 5. eod.

den [x]. 2) In Rücksicht des Dritten, und der, dem Mündel, und dessen Vermögen aufzulegenden Verbindlichkeiten wird der Protutor angesehen, als ob er gar nicht vorhanden wäre. Der Dritte kann ihm also die Einrede der Illegitimation entgegen setzen [y], und wenn er Sachen des Mündels veräufsert, so ist die Handlung nichtig, falls sie nicht der Richter bestätigt [z]. Ein, unter Auctorität des Protutors geschlossenes Geschäft ist mithin eben so zu behandeln, als ob der Pupill es allein geschlossen hätte (§. 530.), d. h. der Pupill erwirbt daraus Rechte, wird aber dadurch nicht verpflichtet. Indefs gibt der Prätor dem Dritten, sofern der Richter das Geschäft nicht bestätigt hat [a], und der Dritte im Irrthum war, oder nicht frey handelte [b], gegen den Mündel, welcher bereichert ist, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [c]. Handelte der Protutor arglistig, so kann der betrogene Dritte denselben auch durch eine prätorische actio in factum auf Entschädigung belangen [d], welche aber nach Römischen Begriffen (§. 68.) nicht gegen die Erben geht [e].

§. 535.

7) Ueber die Klagen A) des Mündels, a) gegen den Vormund.

Die Mündel und deren Nachfolger haben mancherley Rechtsmittel, um wegen der geführten Vormundschaft zu ihrer Befriedigung zu gelangen; aber auch den Vormündern sind Klagen zu ihrer Entschädigung gestattet. Zunächst mufs der Mündel die Vormünder selbst, und deren Stellvertreter in Anspruch nehmen, zu welchem Zweck demselben zwey Klagen, nämlich die actio tutelae directa, und die actio rationibus distrahendis eingeräumt sind.

[x] L. 1. §. 3. de contr. tut. act. (27. 4.) L. 1. §. 3. h. t. (27. 5.).

[y] L. 2. C. eod. (5. 45.).

[z] L. 2. D. eod. L. 1. §. 5. quod falso tut. auct. (27. 6.). Die dem Protutor allein geschehene Zahlung ist daher auch nichtig. L. 14. §. 1. L. 34. §. 4. de solut. (46. 3.). Kind quaest. for. T. 1. c. 26. Abweichend zum Theil sind Carpzov L. 5. Resp. 67. n. 23. fgg. Mevius P. 5. Dec. 174.

[a] L. 1. §. 5. quod falso tut. (27. 6.).

[b] L. 1. §. 6. L. 2. 3. 4. 5. eod.

[c] L. 1. pr. §. 1. 6. eod.

[d] L. 7. eod.

[e] L. 9. §. 1. eod.

§. 536.

A) actio tutelae.

Der Zweck der actio tutelae directa (arbitrium tutelae) geht dahin: 1) daſs der Tutor nach dem Rechnungs-Stil eine genaue, gehörig begründete, gegen alle Erinnerungen justificirte Rechnung ablege [f], und sodann alles, was er als Ueberschuſs in Händen hat, herausgebe. Von beiden Verpflichtungen ist der Tutor selbst dann nicht frey, wenn ihm der Vater des Pupillen, oder ein Andrer dieselben sollte erlassen haben, wohl aber von der ersten, wenn der gewesene Pupill auf eine gültige Art erklärt hat, daſs der Vormund keine Rechnung ablegen, oder überhaupt wenn er auf gültige Art erklärt hat, daſs der Vormund gar nicht weiter in Anspruch genommen werden solle [g]. Sodann kann 2) alles dadurch gefodert werden, wozu der Tutor nach dem Obigen wegen vernachlässigter Verwaltung gehalten ist [h]. Hat er arglistig oder culpa lata gehandelt, so kann der Kläger gegen ihn durch das iuramentum in litem die Sache ausmachen, nicht aber gegen die Erben, falls nicht die Sache vor dem Tode des Vormunds anhängig gemacht war, oder die Erben aus eignen Handlungen belangt werden [i].

§. 537.

Wann ist die Klage anzustellen?

Die Klage kann nicht eher, als nach gänzlich geendigter Tutel angestellt werden [k], und selbst dann nicht eher, wenn der Vormund arglistig gehandelt hat; doch schadet dieſs dem Pupillen in Rücksicht des Uebergangs der Klage wider die Erben nicht [l]. Hat der Pupill Ansprüche an den Vormund aus andern Gründen, als aus der Vormundschaft, so kann er diese natürlich unter dem Beystande eines besondern Curators auch während der

[f] L. 1. §. 3. de tutel. et rat. distr. (27. 3.) L. 82. de cond. et dem. (35. 1.) Mevius P. 2. Dec. 123. P. 8. Dec. 18. 21.

[g] L. 9. L. 20. §. 1. L. 28. §. 4. L. 31. §. 2. de liberat. legat. (34. 3.) vergl. mit G. L. Crell de tutore aneglostico, et quando tutelae rat. reposci nequeunt. Cuiac Obs. L. 26. c. 30. Rücker Interpr. L. 2, cap. 8. s. auch oben §. 515. not. b.

[h] S. d. ganzen Tit. de tutel. et rat. distr. (27. 3.).

[i] L. 1. L. 4. C. de in lit. iureiur. (5. 53.). Lauterbach coll. L. 27. T. 3. §. 17.

[k] L. 4. pr. L. 9. §. 4. 5. L. 16. pr. h. t. (27. 3.). A. M. ist jetzt Lauterbach l. c. §. 19.

[l] L. 9. §. ult. L. 10. eod.

Tutel verfolgen [m]. Wegen verschiedener Puncte kann die Klage mehrmals nach einander angestellt werden [n].

§. 538.

Bey wem? Das einzig competente Gericht, vor welchem die Klage angestellt werden muſs, ist hier das Gericht des Orts, wo die Verwaltung geführt ist [o]. Dieſs verhindert jedoch nicht, daſs der Richter, welcher den Vormund bestellt hat, von Amtswegen jährlich auf Rechnungsablegung dringe [p].

§. 539.

Von wem, und gegen wen? Der Kläger ist hier der gewesene Pupill, im Beystande seiner Tutoren, oder Curatoren [q], und jeder allgemeine Nachfolger desselben [r]. Der Beklagte ist der Tutor und dessen Nachfolger [s], selbst dann, wenn er einem Dritten durch ein Mandat die Administration sollte übertragen haben, in welchem Fall jedoch der Dritte auch als Geschäftsführer belangt werden kann [t]. Auch gegen den Vater, unter dessen Gewalt der Tutor sich befand, findet die Klage statt, und zwar unbedingt, wenn er stillschweigend oder ausdrücklich die Gefahr übernahm; sonst aber nur insofern, als die Gründe, aus welchen der Vater als solcher belangt werden kann (§. 368 — 378.), eintreten [u]. Sind mehrere Vormünder da, so treten folgende Bestimmungen ein: A) Der Tutor honorarius kann bloſs dann, wenn er durch grobe Nachlässigkeit

[m] Nov. 72. c. 2. Voet L. 27. T. 3. §. 2.

[n] L. 38. pr. pro socio (17. 2.) L. 2. C. de iudic. (3. 1.).

[o] L. 1. 2. C. ubi de raciocin. (3. 21.). Lauterbach l. c. §. 19. A. M. sind zum Theil Voet l. c. §. 13. Struben 3. B. 96. Bed. Gönner Handb. d. Proc. 1. B. n. 15. Allein s. Weber Beytr. zu d. Lehre v. d. Kl. u. Einr. 2. 3. St. S. 35. fgg.

[p] Mehr kann man Leyser Sp. 73. m. 9. nach der Pol. O. v. 1577. Tit. 32. §. 3. nicht zugeben.

[q] L. 7. §. 1. L. 8. L. 9. pr. §. 4. h. t. (27. 3.). I. A. Taddel quibusnam reddendae sint rationes tutelares pupillo adhuc minore. Goett. 1789.

[r] L. 1. §. 17. L. 18. eod.

[s] L. 1. §. 16. L. 9. §. 6. eod. Tit. C. de hered. tutor. (5. 54.).

[t] L. 9. C. arbitr. tutel. (5. 51.) L. 2. C. si mat. indemn. promis. (5. 46.) L. 24. C. de usur. (4. 32.).

[u] L. 7. de tutel. (26. 1.) L. 21. de admin. tut. (26. 7.) L. 1. C. quod cum eo qui in al. potest. (4. 26.).

versäumt hat, den administrirenden verdächtig zu machen, ausgeklagt werden, und auch diefs nur insofern, als der Pupill sonst von Niemand seine Befriedigung zu erhalten vermag [x]. B) Hat der Testator oder Richter die Tutel getheilt, so ist der eine Tutor, in Rücksicht der Geschäfte des andern, auch als bloſser honorarius zu behandeln [y]. C) Sind alle zur Tutel gerufen, so haften sie a) wegen schuldvoll vernachlässigter Verwaltung in solidum, jedoch unter Vorbehalt der, oben (§. 227.) erwähnten Einrede der Theilung [z]. Ist dagegen b) bey der Administration positiv gefehlt, so unterscheide man: a) Dem administrirenden Tutor ward durch einen Vertrag der übrigen die Verwaltung zugetheilt: dann können die übrigen verlangen, daſs der administrirende, wenn dieſs mit Erfolg und leicht geschehen kann, zuvördert ausgeklagt werde [a]; verwalteten aber b) alle zugleich, so haben sie nur die Einrede der Theilung, unter den gewöhnlichen Beschränkungen, und auch diese ist dem nicht zu gestatten, welcher wegen seiner eignen Arglist belangt ward [b]. Wird aber der Pupill vorläufig an einen andern verwiesen, so muſs er gleich wider denselben klagen, wenn ihm dessen spätere Insolvenz nicht schaden soll [c]. Ist übrigens ein Vormund, welcher nicht aus ausschlieſslich eignen Handlungen belangt ist, zur Zahlung bereit oder verurtheilt, so kann er vom Pupillen die Cession der Klagen verlangen, oder auch ohne diese actione utili den Regreſs gegen seine Mitvormünder nehmen [d].

§. 540.

B) Actio Ist einmal Rechnung abgelegt, so kann

[x] L. 1. §. 15. h. t. (27. 3.) L. 46. §. 6. de admin. tut. (26. 7.) L. 2. C. de divid. tut. (5. 52.). Lauterbach coll. L. 27. T. 8. §. 1. Cocceii I. C. L. 27. T. 7. qu. 3. Müller ad Leyser Obs. 612. Meine Theor. d. log. Ausl. §. 25.

[y] L. 3. §. 2. l. c. L. 6. C. arbitr. tut. (5. 51.) L. 2. C. de divid. tutel. (5. 52.).

[z] L. 38. §. 1. L. 59. §. 11. de admin. tut. (26. 7.).

[a] L. ult. C. de divid. tut. (5. 52.). Boemer ius D. L. 27. T. 3. §. 13. Die Einrede der Theilung deckt übrigens den Vormund auf immer, wenn nur der andre damals solvent war. L. 1. C. de divid. tutel. (5. 52.).

[b] L. 1. §. 11. 14. 15. h. t. (27. 3.).

[c] L. 1. C. de divid. tutel. (5. 52.).

[d] L. 1. §. 13. 14. 18. eod.

rationibus distrahendis. keine neue Rechnungsablegung verlangt [e], wohl aber ein Rechnungsfehler gerügt [f], oder über einen nicht berührten Punct Verantwortung gefodert werden [g]. Ist aber arglistig falsche Rechnung abgelegt, so kann der Pupill durch die actio rationibus distrahendis, oder de rationibus distrahendis [h] eine neue Prüfung der Rechnungen, und das Doppelte dessen, was untergeschlagen ist, verlangen [i]. Als vermischte Klage (§. 65.) ging sie bey den Römern nicht wider die Erben [k]. Jetzt fällt diefs weg (§. 68.); dafür kann sie aber auch nur auf das Einfache angestellt werden [l]. Andre Klagen schliefsen diese nicht aus, und umgekehrt, sofern nicht die frühere die spätere absorbirt hat [m].

§. 541.

Ausdehnung dieser Klagen. Durch die Klagen, welche der Pupill gegen den Tutor hat, kann auch utiliter der curator und protutor belangt werden [n]; jedoch mit dem Unterschiede, dafs der letzte zu jeder Zeit [o], der Curator aber wegen einzelner Puncte schon vor Endigung der Curatel belangt werden kann [p].

[e] L. 2. C. de apoch. publ. (10. 22.).

[f] L. un. C. de error. calc. (2. 5.).

[g] L. 2. C. de iudic. (3. 1.).

[h] L. 1. §. 19. h. t. (27. 3.) L. 2. de contrar. tut. act. (27. 4.) vergl. mit L. 1. §. 21. L. 2. h. t. Cuiac Obs. L. 8. c. 24. Bynkershoek Obs. L. 6. c. 8. Voorda elect. c. 16. Rygerbos Obs. c. 4. 5. Püttmann probab. L. 2. c. 13. Heineccius ad Brisson voc. distrahere.

[i] L. 1. §. 20. L. 2. §. 2. h. t. (27. 3.).

[k] L. 1. §. 22. 23. eod.

[l] Zufolge §. 68. vergl. mit L. 2. §. 2. h. t. (27. 3.) A. M. ist Glück Comm. 3. B. §. 274. 275. not. 82.

[m] L. 1. §. 21. 22. eod. Lauterbach eod. T. §. 27.

[n] L. 16. §. 1. de tutel. et rat. (27. 3.) L. 1. pr. L. 4. de eo qui pro tutore (27. 5.). Q. G. Schacher de utili curationis caussa actione. Lips. 1735.

[o] L. 1. §. 3. eod.

[p] L. 26. de admin. et per. tut. (26. 7.) L. 1. §. 3. de contrar. tut. act. (27. 4.) L. 16. §. 1. h. t. (27. 5.) vergl. mit L. 14. C. de admin. tut. (5. 37.). Cuiac Obs. L. 17. c. 7. A. M. ist Voet L. 27. T. 3. §. 20. C. G. Einert utile tutelae iudic. durante adhuc cura institui non posse. Lips. 1774.

§. 542.

b) Klagen gegen andre Personen.

Ist von den Vormündern, deren Stellvertretern (nämlich dem Vater), und deren Erben nichts zu erhalten, so können 1) deren Bürgen durch die actio ex stipulatu auf Entschädigung belangt werden, selbst wenn die Verbürgung stillschweigend geschehen ist [q]. Der Bürge kann sich aber der, dem Vormunde selbst zustehenden Einreden bedienen [r]. Sind von Einem Vormunde mehrere Bürgen bestellt, so haben sie nicht die Einrede der Theilung [s]; wohl aber können sie verlangen, dafs der Vormund selbst zuvörderst ausgeklagt werde [t]. Als eine Art der Bürgen, aber nach den wahren Bürgen, haften dann weiter 2) die nominatores, d. h. die, welche, um sich der, ihnen angetragenen Vormundschaft zu entziehen, oder als requirirte Richter, einen untüchtigen Mann in Vorschlag brachten [u]; in gleicher Ordnung ferner 3) die affirmatores, welche den, die Tüchtigkeit des Vormundes untersuchenden Magistrat auf geschehene Befragung falsch berichtet [x], und eben so 4) die postulatores, welche dem Mündel ohne Noth einen Vormund erbeten, dabey etwas versehen, oder die Gefahr übernommen haben [y]. Hierauf kommt 5) die Reihe an dritte Pfandinhaber, d. h. an die, welche von dem, dem Mündel stillschweigend verpfändeten Vermögen des Vormunds etwas besitzen [z], und sodann 6) an den Magistrat, welcher nach allen vorgenannten Personen durch eine actio tutelae utilis subsidiarisch belangt werden kann [a]. Bey den Römern war die Klage nur

[q] L. 3. L. 4. §. 3. de fideiussor. tut. (27. 7.) L. 2. C. eod. (5. 57.).

[r] L. 6. L. 7. eod.

[s] L. ult. rem pupill. salv. for. (46. 6.).

[t] Nov. 4. c. 1. wodurch L. 1. C. h. t. (5. 57.) aufgehoben ist. Lauterbach de benef. excuss. §. 13. fgg.

[u] L. un. C. de potior. ad muner. nominand. (10. 65.) L. 1. L. 4. C. de magistr. conv. (5. 75.) L. 2. C. qui pet. tut. (5. 31.). Leyser Sp. 342. m. 1. fgg. vergl. mit Wernher lect. comm. L. 27. T. 7. Müller Obs. 611.

[x] L. 4. §. 3. de fideiuss. et nom. (27. 7.).

[y] L. 2. §. 5. qui pet. tut. (26. 6.) L. 3. C. si mater indemn. prom. (5. 46.). Voet L. 27. T. 7. §. 3. Stryk eod. §. 5.

[z] Nov. 4. c. 2. Die Ausführung dieses Satzes unten in der Lehre von der actio hypothecaria.

[a] L. 1. L. 5. C. de magistr. conv. (5. 75.). G. C. Gebauer de act. tutel. advers. Magistr. (op. T. 1.). Merill Obs. L. 8. c. 24.

gegen niedere Magistrate [b], und gegen diese auch nur insofern zulässig, als sie nicht beweisen konnten, dafs sie dem Mündel gehörig hätten Sicherheit stellen lassen [c]. Jetzt haftet aber jeder Magistrat wegen aller Versehen, wodurch seine Pflicht der Oberaufsicht verletzt ist [d]. Der Erbe des Magistrats ist aber nur wegen grober Versehen desselben verantwortlich [e]. Hat ein Collegium gefehlt, so gelten in Rücksicht der Verantwortlichkeit der einzelnen Glieder ganz die allgemeinen Grundsätze [f]; nur ist noch zu bemerken, dafs der unschuldige Vormund, welcher bezahlen mufste, wiederum den schuldigen Magistrat actione in factum belangen kann [g]. Nach allen sind endlich 7) die tutores honorarii, sofern ihnen überhaupt etwas zur Last gelegt werden kann, in Anspruch zu nehmen [h]. Uebrigens versteht es sich von selbst, dafs der Mündel direct auch dritte Personen belangen kann, wenn sie ihm schadeten, z. B. die Schreiber des Inventars, welche dabey etwas versahen [i].

§. 543.

B) Klagen des Vormunds gegen den Mündel.

Nach Endigung der Tutel kann aber auch auf der andern Seite der Pupill und dessen Nachfolger von dem Tutor und dessen Erben durch eine persönliche Civil-Klage unter dem Namen actio tutelae contraria belangt werden, und zwar auf Entschädigung nach den, oben (§. 527.) angegebenen Grundsätzen [k], zu welchem Zweck der Tutor sich auch der Compensation und Retention bedienen kann [l]. Utiliter können auch der Curator und Protutor diese Klage anstellen [m], und zwar diese zu jeder Zeit [n].

[b] L. 1. §. 1. D. eod. (27. 8.).

[c] L. 1. §. 11. 12. 13. eod.

[d] Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. Leyser Sp. 343. m. 1.

[e] L. 4. D. eod.

[f] S. oben §. 223. L. 1. pr. §. 9. L. 7. eod.

[g] L. 2. 3. eod. Gebauer l. c. §. 7.

[h] S. oben §. 539. not. x.

[i] L. 6. C. de magistr. conv. (5. 75.).

[k] Tit. P. de contrar. tut. et util. act. (27. 4.).

[l] L. 1. §. 4. eod. Lauterbach coll. L. 27. T. 3. §. 13. Mevius P. 5. Dec. 170. I. Wunderlich de iure retent. quat. tutori competat. Ien. 1758.

[m] L. 1. §. 2. eod. L. ult. de eo qui pro tutor. (27. 5.).

[n] L. 1. §. 3. h. t. (27. 4.) L. 16. §. 1. de tutel. et rat. distr. (27. 3.).

Dritte Abtheilung.

Ueber die Beendigung der Vormundschaft.

§. 544.

Einleitung. Die Vormundschaft kann erlöschen, entweder ipso iure, sobald ein gewisser Thatumstand existirt, oder erst nach vorgängigem Decret, d. h. unter Zustimmung des Regenten oder Richters. In beiden Fällen hören dann natürlich im Ganzen die vormundschaftlichen Verhältnisse auf; doch ist der Vormund vor abgelegter Rechnung verpflichtet, alle angefangenen Geschäfte fortzusetzen [o], und eben dazu sind die, zur Administration fähigen Erben desselben gehalten [p].

§. 545.

1) Endigung ipso iure. Ipso iure erlischt die Vormundschaft 1) durch den natürlichen und bürgerlichen Tod des Mündels und Vormunds [q]. 2) Durch Arrogation des Mündels [r]. Die gesetzliche Tutel erlosch ehemals auch durch capitis deminutio minima des Vormunds [s]; diess läfst sich aber jetzt nur noch auf den, welcher als blofs bürgerlicher Verwandter gerufen war, anwenden [t]. 3) Wenn der Tag, bis auf welchen, oder die Bedingung, unter welcher der Vormund bestellt ist, existirt [u]. 4) Wenn die Mutter und Grofsmutter, welche die Vormundschaft verwalteten, zur zweyten Ehe schreiten [x]. 5) Die Tutel erlischt insbesondere durch Mündigkeit, die Curatel Minderjähriger durch Volljährigkeit des Mündels [y]. Das erste geschieht aber jetzt, da die Vormünder bis zur Volljährigkeit des Mündels zu bestellen sind [z], nicht mehr von selbst, sondern erst nach vorgängiger Excusation [a]. 6) Die Curatel verstands-

[o] L. 5. §. 5. L. 37. §. 1. de admin. tut. (26. 7.).

[p] L. 1. pr. de fideiuss. et nom. (27. 7.). Voet L. 26. T. 7. §. 15.

[q] §. 1. 3. I. quib. mod. tut. fin. (1. 22.).

[r] §. 1. I. eod.

[s] L. 5. §. ult. de legit. tut. (26. 4.).

[t] Nov. 118. c. 5. vergl. mit §. 496.

[u] §. 2. 5. I. l. c.

[x] Nov. 94. c. 2.

[y] pr. I. l. c. pr. I. de curat. (1. 23.).

[z] Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32.

[a] S. oben §. 513. nr. P.

loser und unvermögender Personen erlischt, wenigstens interimistisch in Rücksicht der Verwaltung, in dem Augenblick, da sie Verstand und Fähigkeiten wieder erhalten [b]; und endlich 7) die Curatel des Abwesenden durch Rückkehr desselben.

§. 546.

2) Durch ein Decret.

Durch ein richterliches Decret erlischt 1) die Curatel der Verschwender, wenn ihnen die Güterverwaltung wieder gestattet wird [c]. 2) Wenn der Vormund sich in den Fällen, wo diefs erlaubt ist (§. 513.), von der übernommenen Vormundschaft excusirt. 3) Wenn ihn der Magistrat wegen einer nothwendigen Excusation (§. 501.), oder schlechter Verwaltung entfernt. Gesetzlichen, und ohne Arglist handelnden testamentarischen Vormündern ist in solchen Fällen nur die Verwaltung zu nehmen, und ein Curator beyzuordnen [d]. Geschieht die gänzliche Entfernung des Vormunds wegen schlechter Verwaltung, so wird sie Entsetzung eines verdächtigen Vormunds (remotio suspecti) genannt [e].

§. 547.

Insbesondere über Absetzung,

Folgendes ist in Ansehung der Entsetzung noch besonders zu bemerken: A) sie kann wegen jeder, selbst einer geringen Nachlässigkeit, (welche nach §. 253. die geringste mit begreift) erkannt werden [f]; nur mufs freilich der Magistrat hoffen können, einen Andern zu finden, von dem sich mit Sicherheit mehr erwarten läfst. B) Das Anbieten zur Caution schützt den, durch Unfleifs verdächtig gewordenen nicht [g]. C) Mitvormünder sind zur Anklage verpflichtet [h]. Allen Andern, selbst sonst dazu Unfähigen, ist sie erlaubt [i], sogar dem Curanden mit Bey-

[b] L. 6. C. de curat. furiosi (5. 70.). Voet L. 27. T. 10. §. 4. 13.

[c] Voet L. 27. T. 10. §. 7. A. M. ist Hoppe v. gerichtl. Verschw. §. 12. wegen L. 1. pr. h. t. (27. 10.).

[d] §. 5. I. de curat. (1. 23.).

[e] L. 2. §. 41. ad SCt. Tert. (38. 17.) L. ult. C. h. t. (5. 43.) vergl. mit §. 6. I. h. t. (1. 26.).

[f] §. 6. I. h. t. (1. 26.) L. 3. §. ult. L. 4. §. ult. L. 7. §. 1. eod. (26. 10.) L. ult. C. h. t. (5. 43.). A. M. ist Struben 1. B. 85. Bed.

[g] L. 5. L. 6. D. eod.

[h] L. 5. eod. L. 3. §. 2. de admin. et per. tut. (26. 7.) L. 1. §. 15. de tut. et rat. distr. (27. 3.).

[i] §. 3. I. h. t. (1. 26.) L. 1. §. 6. 7. h. t. (26. 10.).

stand seiner Verwandten, nicht aber dem Pupillen [k]. Trit Niemand als Ankläger auf, so muſs der competente Magistrat, d. h. jetzt jede bürgerliche Obrigkeit, welche den Vormund bestellt hat, von Amtswegen verfahren [l]. D) Sind nur einige Anzeigen des Verdachts vorhanden, so ist der Vormund während des Verfahrens, welches aber durch Endigung der Vormundschaft von selbst erlischt [m], einstweilen zu suspendiren, und die Verwaltung einem Andern zu übertragen [n]. Erfolgt endlich E) die völlige Absetzung, so wird, wenn die Ursache derselben im Decret angegeben ist [o], der, wegen einer Arglist oder culpa lata Entsetzte infam [p], nicht aber der, welcher wegen geringer Versehen, oder einer, überhaupt in seiner Natur liegenden Stumpfheit entfernt ward [q]. Wegen grober Vergehen finden auch noch auſserordentliche Strafen statt [r].

§. 548.

und venia aetatis.

Die Curatel der Minderjährigen erlischt noch insbesondere durch die Volljährigkeitserklärung (venia aetatis), welche aber nur der Regent ertheilen kann. Nach den Gesetzen soll das Rescript des Regenten bloſs dann diese Wirkung haben, wenn der Minderjährige, je nachdem er männlichen oder weiblichen Geschlechts ist, 20 oder 18 Jahre vollendet hat, und vor der Obrigkeit seinen guten Lebenswandel darthut [s]. Die Wirkung besteht darin, daſs der Minderjährige nun wie ein Volljähriger unumstöſslich verpflichtet wird [t]. Bloſs seine Immobilien darf

[k] §. 4. I. L. 7. pr. D. l. c.

[l] L. 3. §. 4. eod. Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3. Bey den Römern war nicht jeder Richter competent. §. 1. I. l. c.

[m] §. 8. I. L. 11. D. l. c. L. 1. C. h. t. (5. 43.).

[n] §. 7. I. L. 7. C. l. c.

[o] L. 4. §. 1. 2. D. l. c.

[p] L. 7. §. 1. eod. L. 42. de V. S. (50. 16.) L. ult. ubi pup. educar. (27. 2.). Bachov ad Treutler V. 2. D. 9. §. 4. Vinnius ad §. 6. I. l. c. I. Vollenhove de suspect. tut. et curat. cap. 8. §. 2. fgg. Viele sind in Betreff der culpa lata andrer Meynung mit Noodt probab. L. 1. c. 19. Grimmeisen de tutore ob culpam latam remoto haud infami. Marb. 1753.

[q] §. 6. I. l. c. L. 3. §. 18. h. t. (26. 10.) L. 9. C. eod. (5. 43.).

[r] §. 10. I. L. 3. §. 15. D. l. c.

[s] L. 2. C. de his qui ven. aet. (2. 45.). Lauterbach coll. L. 27. T. 10. §. 48. A. Kaestner de venia aetatis. Lips. 1728. cap. 1. 2.

[t] L. 1. C. eod.

er nicht ohne Decret veräufsern [u]; auch mufs er volljährig seyn, wo diefs namentlich, wie bey dem Recht, Vormund zu werden, zur Bedingung gemacht ist [x]. Eine besondere Art der venia aetatis ist es, wenn Jemand unter öffentlichem Schutz zu gewissen Geschäften auctorisirt wird. Diefs bewirkt denn natürlich, dafs der Minderjährige, ohne Rücksicht der Verschiedenheit der Sachen, in Ansehung dieser Geschäfte ganz als Volljähriger zu behandeln ist [y].

[u] L. 3. C. eod. Weiter ist er nicht beschränkt. Die gemeine Regel: wo der Curator nicht ohne Decret handeln dürfe, sey auch er an ein Decret gebunden. Kaestner l. c. cap. 3. §. 6. ist also falsch. Vergl. auch noch über L. 3. cit. Köchy civilist. Erört. 1. S. n. 8.

[x] L. 4. C. eod. Kaestner l. c §. 7.

[y] arg. L. 3. §. 1. ad SCt. Maced. (14. 6.). Lauterbach l. c. §. 52. Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 13. Leyser Spec. 60. m. 8. Weber v. d. natürl. Verb. §. 63. not. 6.

Ende des ersten Bandes.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Thibaut, Anton Friedrich Justus, 1772-1840

System des Pandekten-Rechts

Bd.: Erster Band

Jena 1805

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.88#1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703175-1